DAS ABSEHEN VON DER STRAFE DURCH DEN RICHTER.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

VERFASST UND EINER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT DER KÖNIGLICH BAYERISCHEN LUDWIG-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT ZU MÜNCHEN

ACAD. LUDOVICI BAT. BIBL.

VORGELEGT VON

SCHOSAKU OKADA

DOCTOR JURIS DER UNIVERSITÄT MEIJI (JAPAN)
UND JAPANISCHER STAATSANWALT A. D.

BORNA-LEIPZIG

BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE

1911.

Referent:

Herr Professor Geheimer Hofrat
Dr. Karl v. Birkmeyer

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erstes Kapitel.

§ 1. Einleitung 1

Zweites Kapitel.

Vereinbarkeit mit dem Beruf des Richters.

§ 2. Die Gnade als Wesen des Absehens von Strafe 5
§ 3. Das Recht des Richters, Gnade zu üben, in früherer Zeit 10
I. Germanische und fränkische Zeit 11
II. Nachfränkische Zeit bis zur Carolina 14
III. Neuzeit 19
IV. Ergebnis 20

Drittes Kapitel.

Vereinbarkeit der Gnadenübung mit dem Beruf des Strafrichters.

§ 4. Das richterliche Ermessen und seine Grenzen 23
§ 5. Vergleichung des landesherrlichen und des richterlichen Begnadigungsrechtes 35
§ 6. Verhältnis des Absehens von Strafe zur bedingten Verurteilung . . 38

Viertes Kapitel.

Vereinbarkeit mit dem Zweck des Strafrechts.

§ 7. Der Zweck der Strafe 41
I. Standpunkt der klassischen Schule, Vergeltungsstrafe 43
II. Moderne Schule, Charakterstrafe 46
III. Stellungnahme zu beiden Standpunkten 48
IV. Ergebnis 57

Fünftes Kapitel.

Einzelne Fälle.

§ 8. Allgemeiner Teil.
I. Der Versuch 59
II. Beihilfe 65
III. Rechtsirrtum 65
IV. Geistige Mängel 66
1. Verminderte Zurechnungsfähigkeit 67
2. Taubstumme 68
V. Jugendliche Verbrecher 69
VI. Notwehr 74
VII. Notstand 75

Seite

§ 9. Besonderer Teil.
I. Japanisches Strafgesetzbuch 77
II. Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch.
1. Falsche uneidliche Aussage 79
2. Körperverletzung 81
3. Blutschande 83
4. Beleidigung 84
5. Entwendung 86
6. Fischwilderei 87
7. Bettel 88
8. Besonders leichte Fälle der Übertretung 89
9. Ergebnis 90

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Einfluß der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung. Leipzig 1909.

Amira, Grundriß des germanischen Rechts. 2. Aufl. Straßburg 1901.

Aschrott u. v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches. 1910.

Aschrott, Die mildernden Umstände und die besonders leichten Fälle. In der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft Bd. 32.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. 1906 f.

v. Bar, Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1882.

Begründung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch.

Beling, Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht. Leipzig 1908.

Bemerkungen, erläuternde, zum Vorentwurf eines österreichischen Strafgesetzbuchs. Wien 1910.

Bennecke u. Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts. 1895.

Beyerle, Konrad, Von der Gnade im deutschen Recht. Göttingen 1910.

Binding, Grundriß des Strafrechts. 7. Aufl.

Binding, Grundriß der Strafprozeßordnung. 5. Aufl.

Binding, Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanischen Recht. Leipzig 1909.

v. Birkmeyer, Beiträge zur Kritik des Vorentwurfs. Heft 1—3. 1910.

v. Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht. 1898.

v. Birkmeyer, Was läßt v. Liszt vom Strafrecht übrig?

v. Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 2. Aufl.

v. Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahme. München 1906.

v. Birkmeyer, Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht. 1910.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. 2. Aufl.

Carpzov, Practica Nova Imperialis. 1635.

v. Calker, Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. In der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft Bd. 30.

Elsaß, Hugo, Über das Begnadigungsrecht. 1888.

Finger, Strafrecht. Bd. 1. 1904.

Frank, Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe. Tübingen 1908.

Frauenstädt, Begnadigungsrecht im Mittelalter. In der Zeitschrift für Strafrecht Bd. 17.

Geib, Deutsches Strafrecht. 1861/62.

Gerland, Die Einwirkung des Richters auf die Rechtsentwicklung in England. 1910.

Goldmann, Der Richterstand und die sozialen Aufgaben der Gegenwart. Berlin 1906.

Hälschner, Preußisches Strafrecht. Bd. 1.
Harster, Das Strafrecht der Stadt Speyer. 1900.
Hoegal, Einteilung der Verbrechen in Klassen. Leipzig 1908.
John, Strafprozeßordnung. Bd. 1.
Kade, Der deutsche Richter. Berlin 1904.
Kantorowicz, Der Vorentwurf. In der Monatsschrift für Kriminalpsychologie Bd. 7.
Kitzinger, Randbemerkungen zum Vorentwurf. In der Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft Bd. 31.
Knapp, Nürnberger Kriminalrecht. 1896.
Kohler, Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts. Leipzig 1909.
Köhler, Annalen des Deutschen Reiches. 1910.
Köhler, Der Vergeltungsgedanke und seine praktische Bedeutung. Leipzig 1909.
Köhler, Der deutsche und der österreichische Vorentwurf. In Goltdammers Archiv Bd. 56.
Köhler, Studien zum Vorentwurf eines Strafgesetzbuchs. Nürnberg und Leipzig 1910.
Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1892.
Laband, Strafrecht des Deutschen Reichs. 4. Aufl.
Leonhard, Die modernen Strafrechtsideen und der Strafvollzug. Leipzig 1910.
Lippmann, Der Vorentwurf. In den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 75.
v. Liszt, v. Birkmeyer, Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe. Heidelberg 1906.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 16. 17. Aufl.
v. Liszt, Strafbemessung. In Aschrott-v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches. Worms 1881.
Loeb, Daniel, Das Begnadigungsrecht.
Lueder, Karl, Das Souveränitätsrecht der Begnadigung. Leipzig 1860.
Mauer, G. L., Altgermanische Gerichtsverfassung. 1824.
Mendelssohn-Bartholdy, Das Imperium des englischen Richters. Straßburg 1908.
Meyer, Gg., Deutsches Staatsrecht. 5. Aufl. 1894.
Meyer, H. u. Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1906.
Mommsen, Römisches Strafrecht. 1899.
Motoni, Das japanische Strafgesetzbuch. 1908.
Nagler, Verbrechensprophylaxe und Strafrecht. 1911.
Oba, Das japanische Strafgesetzbuch. 1908.
Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit. Erlangen 1908, und ergänzte Ausgabe 1909.
Osenbrüggen, Alemannisches Strafrecht. 1860.
Osenbrüggen, Studium zur schweizerischen und deutschen Rechtsgeschichte. 1868.
Plochmann, Julius, Das Begnadigungsrecht. Erlangen 1848.
Römheld, Bemerkungen eines Praktikers zum Vorentwurf. In der Deutschen Richterzeitung Bd. 2.
Rohland, Die soziologische Strafrechtslehre.

Rosenfeld, Strafprozeßordnung. 3. Aufl.
Sammlung der Verhandlungen beider Kammern über den Entwurf für das japanische Strafgesetzbuch (keihokaiseiansingischü). 1902.
Schmidt, Richard, Die Aufgaben der Strafrechtspflege. Leipzig 1895.
Schröder, S., Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 5. Aufl.
Seuffert, Hermann, Was will, was wirkt, was soll die staatliche Strafe? Bonn 1897.
Sohm, Altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung. Weimar 1871.
Sohm, Institutionen des römischen Rechts. Leipzig 1884.
Stern, J., Vorschläge zum Vorentwurf. Im Gerichtssaal.
Stenglein, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechtes.
Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft. 1822 f.
Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechtes. 1893.
Ullmann, Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentages. Bd. 1.
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Bd. 3.
Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch. 1909.
Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. 1909.
Wach, Der Vorentwurf. In der Deutschen Juristenzeitung Bd. 15.
Zachariä, Handbuch des Strafprozeßrechts. Bd. 2.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 1 u. 10.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen über den Vorentwurf. 1911.

Erstes Kapitel.

§ 1.

Einleitung.

Die Wirksamkeit einer Strafgesetzgebung wie auch die Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung wird in hohem Maße beeinflußt durch den Grad, in welchem der Richter bei Anwendung des materiellen Rechts und bei der prozessualen Behandlung der Fälle sein eigenes Ermessen frei schalten lassen darf. Besonderes Interesse beansprucht hierbei die Frage, ob und inwieweit es etwa zweckmäßig ist, dem Richter auch den gänzlichen Verzicht auf den staatlichen Strafanspruch anheimzustellen, mit anderen Worten, ob die untere Grenze der Strafbestimmungen für den Richter nur dispositives Recht darstellen soll. In einem weiteren Sinne können wir ein solches richterliches Absehen von der Strafe schon überall da konstatieren, wo der Richter an Stelle der verdienten Strafe etwas anderes als gleichwertig gelten lassen darf, z. B. die Setzung unter Bewährung im Falle der bedingten Verurteilung (Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch — künftig abgekürzt VE. — §§ 38 f.); die fakultative Ersetzung von Strafen durch sogen. sichernde Maßnahmen (z. B. §§ 42, 69 VE.); die Anerkennung einer Retorsion (§§ 199 u. 233 StGB.), die fakultative Anrechnung erlittener Untersuchungshaft (§ 60 StGB.). In einem engeren Sinne verstehen wir unter dem Absehen von der Strafe im folgenden nur die Fälle, wo der Richter die verdiente Strafe ohne irgendwelche Surrogate wegfallen lassen kann. Sie ist in neuerer Zeit unter Wiederbelebung des Satzes „Minima non curat praetor“ wiederholt in Vorschlag gebracht worden[1]) und begegnet uns im Vorentwurf eines deutschen Straf-

[1]) vgl. v. Liszt, Lehrb. Bd. 16 17. Aufl. S. 74; Rosenfeld in Vergl. Darst. des deutschen und ausländ. Strafrechts Allgem. Teil (im folgenden gekürzt: Vergl. Darst. A.) Bd. 3 S. 165.

gesetzbuches von 1909, im japanischen Strafgesetzbuch von 1907, in der englischen Summary Jurisdiction, Act von 1879,[2]) außerdem im norwegischen Strafgesetzbuch und in den Vorentwürfen der Schweiz und Österreichs. Dem geltenden deutschen Strafrecht ist die Maßregel unbekannt, ebenso den meisten Staaten Europas.

Am weitesten wird das Absehen von Strafe ausgedehnt im deutschen Vorentwurf, welcher in dieser Hinsicht wie hinsichtlich des Umfanges, welchen er dem richterlichen Ermessen gewährt, die bisher gezogenen Grenzen weit überschreitet.

Die am meisten in die Augen springende Vorschrift ist die des § 83 VE.

Darnach „darf in besonders leichten Fällen das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern und, wo dies ausdrücklich zugelassen ist, von einer Strafe überhaupt absehen".

„Ein besonders leichter Fall liegt (gemäß § 83 Abs. 2) vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint, so daß die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde." In den anderen Gesetzen und Gesetzentwürfen findet sich eine Definition „besonders leichter Fälle" nicht. Andererseits sind hier die Fälle weit weniger zahlreich. Ob die deutsche Definition hinreichend scharf ist, um ungleiche Rechtsanwendung hintanzuhalten, lassen wir einstweilen dahingestellt.[3]) Ebenso soll die Einzelaufzählung der deutschen und der ausländischen Fälle eines Absehens von Strafe sowie ihre Besprechung erst später erfolgen (unten § 8).

Zunächst ist ihre generelle Würdigung ins Auge zu fassen. Einer Anzahl von Wünschen, die freilich damit noch nicht gebilligt werden sollen, vermag die Maßregel entgegenzukommen.

So ist sie sicherlich zahlreichen Delinquenten willkommen, welche dadurch die Chance bekommen, trotz schuldhafter Tat der Strafe ledig zu bleiben, namentlich wenn sie durch Tränen und durch Bezeugung von Reue den Richter vielleicht noch weich zu stimmen hoffen.

Manchem redegewandten Verteidiger verheißt die Maßregel neue Erfolge. Er kann auch bei nicht zu leugnender Schuld seines

---

[2]) Rosenfeld in Vergl. Darst. A. Bd. 3 S. 167.

[3]) vgl. darüber unten § 2.

Klienten sich mit der Hoffnung tragen, ihn frei zu bekommen durch die Gewandtheit der Rede.

Allein weder die Chance des Schuldigen, der verdienten Strafe zu entgehen, noch das Interesse eines Verteidigers daran, daß der Ausgang des Prozesses einem Lotteriespiele mehr ähnlich werde wie bisher, verdienen ernsthafte Berücksichtigung.

Noch weniger aber kommt für die Begutachtung der Maßregel das etwaige Interesse der Redaktoren des Gesetzestextes in Frage, durch die Überweisung schwieriger oder bestrittener Rechtsfragen an die einzelnen Richter, sich selbst die Entscheidung zu sparen. Soweit eine Rechtsfrage, z. B. die über error juris criminalis einer generellen Regelung fähig ist, hat sie der Gesetzgeber selbst zu treffen.

Für die wissenschaftliche Prüfung der Maßregel wird vielmehr in Betracht zu kommen haben: 1. ob die Maßregel ihrem Wesen nach zu den Aufgaben des Richteramtes zu rechnen ist; 2. wie sie sich praktisch mit der richterlichen Tätigkeit in Strafsachen verträgt, und 3. wie sie sich mit den obersten Strafzwecken vereinigen läßt.

Es wird sich zeigen, daß je nach der vertretenen Strafrechtstheorie die Maßregel zu begrüßen oder zu verwerfen ist.

Es geht daraus dann aufs neue hervor, wie verfehlt es ist, zu glauben, der Gesetzgeber brauche nicht auf der geschlossenen Grundlage einer bestimmten Theorie zu stehen, sondern könne einem flachen Eklektizismus huldigen. Treffend bemerkt Nagler[4]): „Man trägt nicht ungestraft zweischultrig. Jeder Eklektizismus muß mangels einheitlicher Grundauffassungen zu Reibungen und Gegensätzen führen“. Will der Gesetzgeber das Absehen von Strafe aufnehmen, und ist es eine nur mit bestimmten strafrechtlichen Grundanschauungen verträgliche Einrichtung, so würde er zweckmäßigerweise auch in anderen Stücken die Konsequenzen jener Grundanschauungen zu ziehen haben.

Noch nicht bei allen Kriminalisten ist die Erkenntnis verbreitet, daß die Frage des Absehens eine prinzipielle Bedeutung hat. Aber doch hat die Mehrzahl derer, welche sich bereits zu dem Thema geäußert haben, in Übereinstimmung mit ihrer Grund-

---

[4]) Verbrechensprophylaxe und Strafrecht 1911 S. 212; gl. M. auch v. Birkmeyer, Beitr. zur Kritik des Vorentw. Bd. 1 S. III.

auffassung auch zu dieser Frage Stellung genommen. Die Literatur über das Problem ist zusammengestellt bei v. Birkmeyer, Beiträge zur Kritik des Vorentw. Heft 3 (1910) S. 89. In raschem Flusse ist die Literatur seither weiter angeschwollen, wie sich aus der Übersicht in den gutachtlichen Äußerungen über den Vorentwurf von 1911 (Reichsdruckerei) S. 211, 214 ergibt. Und auch diese Übersicht ist bereits wieder zu ergänzen durch Aschrott, Die mildernden Umstände und die besonders leichten Fälle im Vorentw., ZStW. Bd. 32 S. 134 auf S. 145; Kitzinger, Randbem. z. Vorentw., ZStW. Bd. 31 S. 341 auf S. 347; Nagler, Verbrechensprophylaxe und Strafrecht 1911 S. 191 und Jaques Stern, Vorschläge z. deutschen Vorentw., im GS. Bd. 77 S. 197 f.

Zweites Kapitel.

Vereinbarkeit mit dem Beruf des Richters.

§ 2.

Die Gnade als Wesen des Absehens von Strafe.

a) Unter den Justizaufgaben des Staates lassen sich nach moderner Auffassung vier Seiten unterscheiden: die Justizverwaltung, die Gesetzgebung, die Rechtsprechung und der Vollzug.[5]) Aufgabe des Richters ist lediglich die Rechtsanwendung. Dazu gehört vor allem die Rechtsprechung, d. h. die Feststellung, daß ein bestimmter Tatbestand gegeben ist, und der Ausspruch, daß an diesen Tatbestand sich gewisse rechtliche Folgen knüpfen. Speziell auf dem Gebiete des Strafrechts besteht die Aufgabe des erkennenden Richters

1. in der Feststellung des Tatbestandes;
2. in dem Ausspruch, ob auf Grund dieses Tatbestandes der Angeklagte einer strafbaren Handlung schuldig oder freizusprechen ist;
3. im Falle der Schuldigsprechung des Angeklagten in dem Ausspruch einer der Schuld adäquaten Strafe.

Damit ist der Kreis der auf dem Gebiete der beurteilenden Rechtsprechung liegenden Aufgaben des Strafrichters erschöpft.

Zur richterlichen Tätigkeit darf aber sowohl historisch wie rechtspolitisch auch die weitere Anwendung des Rechts gerechnet werden, nämlich die Sorge dafür, daß die Rechtsprechung nicht ein unnützer oder bloß kontemplative Betrachtungen auslösender Schall bleibt. Mit anderen Worten: es gehört hierher auch die Sorge,

---

[5]) Die alte Einteilung Montesquieus in pouvoir legislatif, pouvoir executif und pouvoir judiciaire ist davon wohl zu unterscheiden. Ihre Postulate und Konsequenzen sind als undurchführbar und ungerechtfertigt nicht mehr voll aufrechtzuerhalten. Vgl. gegen sie insbes. Gg. Meyer, Staatsrecht 3. Aufl. § 54.

daß das Urteil materiell rechtskräftig, d. h. vollzogen wird.[6]) Zum Teil ist dieser Gedanke auch im geltenden deutschen Rechte verwirklicht, indem auf Grund von § 483 Abs. 3 StPO. landesrechtlich dem Richter die Vollstreckung der schöffengerichtlichen Urteile übertragen ist.

Über eine solche vollziehende richterliche Tätigkeit ragt aber hinaus als reine Verwaltungstätigkeit[7]) die Begnadigung, die nach dem geltenden deutschen Rechte dem Staatsoberhaupt vorbehalten ist.[8])

b) Die Begnadigung, die vor dem Urteil als sogen. Abolition, im Urteil als sogen. Richten nach Gnade und nach dem Urteil als Straferlaß oder Begnadigung im engeren Sinne vorkommen kann, ist ein Akt der Staatsgewalt, durch welchen von seiten des Staates zugunsten des Verbrechers auf das Strafverfolgungs- bezw. Verurteilungs- bezw. Strafvollstreckungsrecht verzichtet wird.[9])

In allen drei Fällen besteht das Wesen der Gnade darin, daß derjenige, dem die Gnade zuteil wird, von einem Übel, das ihn nach dem Gesetz treffen müßte, verschont bleibt, ohne daß er auf solche Schonung einen rechtlichen Anspruch hat und ohne Bestehen eines rechtlichen Grundes.[4])

Mit Recht bemerkt v. Birkmeyer[11]): „Das Waltenlassen von Milde da, wo dies die materielle Gerechtigkeit gegenüber der Gesetzesgerechtigkeit verlangt, um Härten der letzteren zu vermeiden, das ist von jeher als Hauptgrund der Begnadigung betrachtet worden".

---

[6]) vgl. die bei Birkmeyer, Strafprozeßrecht S. 751 Zitierten, insbes. Zachariä, Handb. des Strafprozeßrechts Bd. 2 §§ 688 f.; ferner Binding, Grundriß der Strafprozeßordnung 5. Aufl. S. 296; Bennecke u. Beling, Strafprozeßrecht S. 613.

[7]) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches 4. Aufl. Bd. 3 S. 484: Die Begnadigung ist Regierungshandlung; ebenso v. Bar, Gesetz und Schuld Bd. 3 S. 457, der sie mit Recht zur Justizverwaltung zählt.

[8]) Mit der daneben gleichfalls zu haltenden Behauptung, daß die Begnadigung einen Rechtsverzicht darstellt, steht dies nicht in Widerspruch; vgl. darüber insbes. Binding, Grundriß des Strafrechts 7. Aufl. S. 312 gegen Laband, Staatsrecht 4. Aufl. Bd. 3 S. 484.

[9]) Hugo Elsaß, Über das Begnadigungsrecht S. 12 ff.; gl. M. die herrschende Auffassung, z. B. Merkel, Lehrb. S. 247.

[10]) Plochmann, Das Begnadigungsrecht S. 1—3. Bereits Tittmann, Handb. der Strafrechtswissenschaft (1822) Bd. 1 S. 107 bezeichnet es als Begnadigung, wenn die Strafe aus irgendwelchen Ermessensgründen erlassen werden kann, und bemerkt, daß dies nicht Sache des Richters sei.

[11]) v. Birkmeyer, Das Absehen von Strafe 1910 S. 7.

Voraussetzung der Begnadigung ist also bestätigte kriminelle Schuld [12]) oder bei der Abolition wenigstens Verdacht einer solchen Schuld. Wo keine Schuld oder kein Schuldverdacht, da gibt es auch keine Begnadigung, sondern nur einen Anspruch des Beschuldigten auf Freisprechung bezw. Außerverfolgungsetzung.

In bezug auf das Strafgesetz erscheint die Begnadigung als eine Ausnahme vom Strafgesetz,[13]) als eine Nichtanwendung desselben.

Die Begnadigung widerstrebt nur scheinbar dem Grundsatz der gerechten Vergeltung, wonach auf dem Gebiete der Rechtsanwendung jede Handlung die Strafe finden soll, mit der sie im Strafgesetz bedroht ist. Denn sie dient gleichzeitig der Idee einer höheren Gerechtigkeit, indem eine über dem Richter stehende Zentralgewalt durch sie vornehmlich die ausnahmsweisen Härten, welche die streng formelle Anwendung des Gesetzes gelegentlich mit sich bringt, beseitigt.[14]) Es wird hiermit auch politischen Rücksichten (äußeren wie inneren), die der lokale Richter gar nicht so einheitlich zu übersehen und zu regulieren vermag, ein beschränkter Einfluß auf die Strafrechtspflege gewährt. Dagegen erscheint es als eine ungesunde Zwitterbildung, wenn derjenige, der das Recht anzuwenden verpflichtet worden ist, gleichzeitig auch bei manchen Anwendungsfällen die Befugnis erhält, von der Anwendung des Rechts nach eigenem Ermessen abzusehen. Er steht damit als ein und dieselbe Person unter dem Recht und über dem Recht.

Betrachten wir nun das Absehen von Strafe durch den Richter, wie es der Vorentwurf einführen will.

Der Vorentwurf gibt im § 83 dem Richter eine doppelte Ermächtigung, nämlich

1. ein allgemeines Strafmilderungsrecht bei Vorliegen eines besonders leichten Falles; dies bedeutet die Abschaffung des gesetzlichen Strafminimums in solchem Fall;
2. die Befugnis, in besonders leichten Fällen von einer Strafe überhaupt abzusehen, wenn dies durch das Gesetz ausdrücklich zugelassen ist.

---

[12]) Daniel Loeb, Das Begnadigungsrecht S. 2.

[13]) Plochmann a. a. O. S. 1. Besser würde man vielleicht sagen: vom Wirken des Strafgesetzes. v. Birkmeyer, Strafprozeßrecht S. 80.

[14]) Hugo Elsaß, Über das Begnadigungsrecht S. 11; Birkmeyer in seiner Rechtsenzykl. § 34; v. Bar a. a. O. Bd. 3 S. 459.

Uns interessiert hier nur die zuletzt erwähnte Befugnis.

Die nach § 83 dem Richter gegebene Ermächtigung, bei den im Gesetz ausdrücklich bestimmten Delikten von einer Strafe überhaupt abzusehen, ist nicht so zu konstruieren, als wäre durch den § 83 in all den Fällen, wo ein Absehen von Strafe ausdrücklich zugelassen ist, der Verbrechenstatbestand in der Weise eingeschränkt, daß die besonders leichten Fälle kraft Gesetzes vom Tatbestand ausgenommen sind.[15])

Einer solchen Konstruktion würde schon der Wortlaut des § 83 entgegenstehen. „In besonders leichten Fällen" drückt sich der Vorentwurf aus. Damit ist eben gesagt, daß immerhin eine strafbare Handlung, wenn auch nur ein besonders leichter Fall einer solchen vorausgesetzt wird. Der Sinn des § 83 ist also nicht der, daß in besondes leichten Fällen überhaupt keine strafbare Handlung angenommen werden soll, sondern der, daß trotz Vorliegens einer strafbaren Handlung, eben mit Rücksicht darauf, daß es sich um einen besonders leichten Fall handelt, von Strafe abgesehen werden kann.

Das Urteil wird in einem solchen Fall nicht zu lauten haben: N. N. wird von der Anschuldigung eines Vergehens . . . freigesprochen, sondern: N. N. ist schuldig eines Vergehens des . . .; von einer Strafe wird jedoch abgesehen. Wir sehen, das Absehen von Strafe hat mit der typischen Begnadigung durch den Träger der Staatsgewalt das gemein, daß eine Schuld vorausgesetzt wird.

---

[15]) Die Begründung des Vorentwurfes zu einem deutschen Strafgesetzbuch sagt auf S. 321, allerdings mehr in bezug auf das im § 83 zugelassene Strafmilderungsrecht: „Trotz aller Sorgfalt bei der Formulierung der Tatbestände der einzelnen Delikte läßt es sich nämlich nicht ausschließen, daß in außerordentlich gelagerten Fällen zwar die Begriffsbestimmung, nicht aber Zweck und Gedanke des Gesetzes zutrifft, so daß die im Gesetz vorgesehene Strafdrohung an sich oder nach Art und Maß als Härte empfunden wird. Solche Fälle ergeben Verurteilungen, die als unbillig angesehen werden und die die öffentliche Meinung gegen die Rechtspflege verstimmen, sie lassen sich aber bei der Vielgestaltigkeit des Lebens durch keine Mühe bei der Fassung der gesetzlichen Begriffsbestimmungen, sondern nur dadurch ausschließen, daß dem Richter eine außerordentliche diskretionäre Befugnis gegeben wird, in außergewöhnlichen mildliegenden Fällen, auf welche das Gesetz nicht berechnet ist, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern". Darnach möchte es scheinen, als würden die Verfasser der Begründung die von uns abgelehnte Konstruktion vertreten.

Wie die Begnadigung ist auch das Absehen von Strafe ein Verzicht des Staates auf seinen Strafanspruch und in Beziehung auf das Strafgesetz eine Nichtanwendung der Strafdrohung eine Ausnahme vom Strafgesetz und von dem Grundsatz, daß jede unter das Strafgesetz fallende Handlung auch mit der für dasselbe im Gesetz angedrohten Strafe belegt wird.

Endlich hat der Angeschuldigte, ebensowenig wie er einen Anspruch auf Begnadigung hat, einen rechtlichen Anspruch darauf, daß bei Vorliegen eines besonders leichten Falles von Strafe abgesehen wird.

§ 83 sagt ja, in besonders leichten Fällen darf der Richter von der Strafe überhaupt absehen.

Formell betrachtet ist also das Absehen von Strafe, auch wenn dabei implizite ein pflichtmäßiges Ermessen vorausgesetzt wird, doch in das Belieben des Richters gestellt, und einen rechtlichen Anspruch des Beschuldigten darauf, daß von Strafe abgesehen wird, hat der § 83 nicht geschaffen. Dem Richter wird also nicht nur die Rechtsanwendung, sondern auch die Zuwiderhandlung gegen den Rechtssatz übertragen, wenn er Gründe einer höheren, d. h. vom allgemein verpflichtenden Gesetz nicht berücksichtigten Billigkeit als vorliegend erachtet.

Das Absehen von Strafe trägt somit die sämtlichen Merkmale der Begnadigung an sich, mit der einzigen Ausnahme, daß beim Absehen von Strafe insofern ein rechtlicher Grund vorliegt, als die Fälle seiner Zulässigkeit im Strafgesetz selbst bestimmt werden sollen. Dies schließt aber nicht aus, daß Absehen von Strafe seinem Wesen nach Gnade ist, es ist eben Gnade beschränkt auf die Fälle ausdücklicher gesetzlicher Ermächtigung.

Es wäre irrig, wollte man die gnadenmäßige Wirkung des Absehens von Strafe in besonders leichten Fällen deswegen verleugnen, weil der § 83 des deutschen Vorentwurfs die besonders leichten Fälle scheinbar definiert. Denn die Merkmale: unbedeutende Folgen der Tat, geringer verbrecherischer Wille, Entschuldbarkeit nach den Umständen sind so unbestimmt und dehnbar, daß sie dem Richter beinahe noch weitere Grenzen des Ermessens geben, wie wenn bloß gesagt wäre: in besonders leichten Fällen. Unbedeutende Folgen sind nämlich nicht bloß die besonders leichten Folgen. Dazu kommt noch, daß die Gnadeneigenschaft auch darin zum Ausdruck gelangt, daß der Richter bei angenommenen

besonders leichten Fällen von Strafe absehen darf, aber durchaus nicht muß.

Zugunsten eines richterlichen Absehens von Strafe kann man endlich sich auch nicht etwa darauf berufen, daß es im Grunde genommen nur ein Bestandteil der Strafzumessung sei. Darin läge dann implizite die Behauptung, daß es keine Begnadigung darstelle.

Die Ansicht, daß das Absehen von Strafe, wie es der Entwurf in § 83 vorsieht, „nur einen Grundsatz für die Strafzumessung" bedeute, stellt in der Tat die Begründung zum Vorentwurf S. 324 auf. Und auf das gleiche geht auch eine Äußerung von J. Stern[16]) hinaus, wenn er erklärt, das richterliche Strafbefreiungsrecht sei nur die höchste Stufe des richterlichen Strafmilderungsrechts.

Allein eine Strafe wird ja nicht zugemessen, vielmehr wird bloß eine Schuld konstatiert, welche der Richter im entscheidenden Falle für zu leicht, d. h. für nicht strafwürdig befindet. Das Absehen von Strafe ist das Gegenteil von einer Bestrafung. Es ist daher die herrschende Lehre z. B. v. Birkmeyer,[17]) Wach, Kohler im Recht, wenn sie darin einen Begnadigungsakt erblickt. Die Begründung des Vorentwurfs verwechselt anscheinend Strafzumessung und richterliches Ermessen. Als eine besondere Ausdehnung der Ermessensfreiheit hat man das Absehen von Strafe allerdings anzusehen, nur nicht als Bestandteil der Zumessung. Ob nun vielleicht die wünschenswerte Weite des richterlichen Ermessens das Absehen von Strafe rechtfertigen kann, soll in einem späteren Paragraphen geprüft werden.

§ 3.

Das Recht des Richters, Gnade zu üben, in früherer Zeit.

Die Ausübung eines Begnadigungsrechtes durch den Richter begegnet uns in der deutschen Rechtsgeschichte wiederholt, und zwar in der Gestalt des sogen. „Richtens nach Gnade". Zu

---

[16]) Vorschläge z. Vorentw. im GS. Bd. 77 S. 168.

[17]) v. Birkmeyer, Absehen von Strafe § 9; Wach, DJZ. Bd. 15 S. 112; Kohler, Goltdammers Arch. Bd. 56 S. 290, welch letzterer allerdings die Maßregel gleichzeitig billigt.

Anfang der neueren Zeit ist dieses Institut allerdings wieder aus dem deutschen Rechtsleben verschwunden.

Da die Einrichtung des „Absehens von Strafe", die der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch einführen will, verwandte Züge mit dem mittelalterlichen „Richten nach Gnade" aufweist, erscheint es wünschenswert, die Entstehung, das Wesen und die Bedeutung des Richtens nach Gnade zu untersuchen.

Zu diesem Zwecke ist es notwendig, die geschichtliche Entwicklung der Gnade überhaupt in der deutschen Rechtsgeschichte kurz darzustellen.

I. Germanische und fränkische Zeit.

Ob es in der ältesten Periode der deutschen Rechtsgeschichte schon eine öffentliche Strafe im technischen Sinne gab, ist bestritten.[18])

Wohl aber ist das Verbrechen schon zu Beginn der geschichtlichen Entwicklung eine für das Rechtsleben bedeutsame Erscheinung. Das Verbrechen wurde in der ältesten Zeit als ein Bruch des Friedens aufgefaßt. Man unterschied schwere Friedensbrüche, das sind Taten, die den Täter zum Feind der Gesamtheit machten, und leichte Friedensbrüche, das sind Taten, die den Täter nur zum Feind des Verletzten machten.[19])

Die rechtliche Reaktion gegen das Verbrechen ist die Friedlosigkeit, durch deren Eintritt der Betroffene vom Rechtsfrieden ausgeschlossen wurde und von jedem der Volksgenossen erschlagen werden konnte. Die Friedlosigkeit trat entweder — wie bei handhafter Tat — von Rechts wegen ein, oder sie wurde durch einen Urteilsspruch des Landsdings verhängt.[20])

In dem letzten Falle konnte das Landsding die Friedlosigkeit, der der Verbrecher eigentlich verfallen gewesen wäre, ihrem Umfang nach mildern oder ihm gestatten, sich durch Zahlung einer Buße den Rechtsfrieden wieder zu erkaufen. Beyerle er-

---

[18]) vgl. darüber u. a. Binding, Die Entstehung der öffentlichen Strafe 1909.

[19]) s. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte 5. Aufl. S. 75.

[20]) s. Schröder a. a. O. S. 80.

blickt hierin mit Recht eine Art von Begnadigungsrecht durch das Landsding.[21])

Friedlose Leute wurden des öfteren den Göttern geopfert. Bevor die Opferung des Friedlosen vollzogen wurde, mußte ein sogen. Gottesurteil stattfinden, d. h. die Götter mußten durch Lose befragt werden, ob ihnen das Opfer genehm sei.

Entschied das Los so, daß das Opfer nicht genehm sei, dann entging der Friedlose dem Tode. — Ob man den Begriff der Begnadigung so weit auszudehnen hat, daß darin eine Begnadigung kraft Sakralrechts zu erblicken wäre, wie Beyerle[22]) vorschlägt, erscheint uns sehr zweifelhaft.

Bei Verbrechen gegen Gut und Leben einzelner wurde der Täter zwar auch friedlos, doch war er in diesem Falle nicht der Rache sämtlicher Volksgenossen preisgegeben, sondern es traf ihn lediglich die Rache des Verletzten, die Fehde.[23])

Der Fehde konnte der Täter jedoch entgehen, wenn es ihm gelang, mit dem Verletzten einen gerichtlichen oder außergerichtlichen Sühnevertrag abzuschließen, und er die entsprechende Buße an den Verletzten zahlte, welche durch die freie Vereinbarung der Beteiligten oder die auf den Antrag des Verletzten erlassene gerichtliche Entscheidung bestimmt wurde. Man kann dies daher als eine Art privaten Gnadenrechts bezeichnen.[24])

Die gerichtlich festzusetzende Sühne bestand aus zwei Teilen: aus der an den Verletzten zu zahlenden Buße und aus dem an den Träger der öffentlichen Gewalt zu entrichtenden Friedensgeld.[25]) Im letzteren Falle konnte der Träger der öffentlichen Gewalt auf das ihm zukommende Friedensgeld verzichten.[26])

Die Reichsgründung Chlodwigs (481—511) gab dem altsalischen Kleinkönig die Herrschaft über den ganzen Frankenstamm und

---

[21]) s. Konrad Beyerle, Von der Gnade im deutschen Recht 1910 S. 4 und Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte 5. Aufl. S. 77; G. L. Maurer, Altgermanische Gerichtsverfassung 1824 S. 63.

[22]) Beyerle a. a. O. S. 5.

[23]) s. Schröder a. a. O. S. 83.

[24]) Frauenstädt, Begnadigungsrecht im Mittelalter, in der Zeitschr. f. Strafrecht Bd. 17 S. 891; Beyerle a. a. O. S. 4.

[25]) s. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte 5. Aufl. S. 77 ff.

[26]) Julius Plochmann, Das Begnadigungsrecht, Erlanger Inaug.-Diss. 1845, S. 28 und Fußnote 4 auf S. 28.

das gallorömische Provinzland. Der Frankenkönig wurde an Stelle des Volkes Träger der Staatsgewalt, auf ihn gingen die Rechte des Landsdings über, und so wurde auch das Begnadigungsrecht ein königliches Hoheitsrecht.[27])

Es wurde nunmehr dem Gesamtvolke der Huldigungseid auferlegt, welcher aus dem früher dem Privatrecht angehörenden Gefolgschaftseid sich entwickelte. Die Übertretung desselben wurde als Treubruch gegen den König, d. h. als Infidelität mit Todesstrafe oder Vermögenskonfiskation bestraft.[28]) Doch stand es im Belieben des Königs, die Strafe zu mildern oder ganz zu erlassen.

Dadurch wird die Gewalt des fränkischen Königs einerseits eine Quelle für ein von den festen Strafsätzen der Volksrechte unabhängiges, freier ausgestaltetes Strafrecht, anderseits die hauptsächlichste Wurzel für das Begnadigungsrecht des Königs.

Diejenigen Delikte, die nicht als eine Verletzung des Königsfriedens, sondern nur als Verletzung der Rechtssphäre einzelner angesehen wurden, hatten auch in dieser Periode ihren privatrechtlichen Charakter bewahrt.

Die Fehde bestand zwar fort, doch führte die Staatsgewalt, um ihre Einschränkung zu befördern, ein Sühneverfahren ein, das ein Bußensystem mit Erhöhung der bisherigen Bußen vorsah.[29])

Wenn über das Bußgeld eine Einigung nicht erzielt werden konnte, wurde dem Verletzten durch Bestrafung des Täters eine Art Staatshilfe gewährt. Das Gericht durfte dann in einem solchen Falle nur mit Einwilligung des Verletzten begnadigen.[30]) Demgemäß hatte das damalige Begnadigungsrecht mehr privaten als öffentlichen Charakter.

Von Einfluß auf die Weiterentwicklung des Gnadenrechtes wurde auch die christliche Kirche.[31])

---

[27]) vgl. Frauenstädt a. a. O. S. 887. „Karl der Große verordnet im Cap. Aquisgranense von 813, daß es den Grafen und ihren Stellvertretern nicht erlaubt sei, zum Tode verurteilten Verbrechern das Leben zu schenken." S. auch Sohm, Altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung Bd. 1 S. 166, 167, 180 und Beyerle a. a. O. S. 6; v. Amira, Grundriß des germ. R. S. 96 bezeugt ein beschränktes Begnadigungsrecht auch für das ostnordische Königstum.

[28]) vgl. zum Nachstehenden Beyerle a. a. O. S. 5—7, dem wir hierin folgen.

[29]) vgl. Schröder a. a. O. S. 353.

[30]) vgl. Plochmann a. a. O. S. 28.

[31]) Beyerle a. a. O. S. 7 u. 8.

Im Hinblick auf die Grundlehren des Christenstums wollte die Kirche auch im Strafrecht Barmherzigkeit walten lassen, und es ging deshalb das Bestreben der geistlichen Oberen dahin, sowohl beim König als auch bei den Richtern auf mildere Urteile hinzuwirken, ein Zweck, den sie durch das Asylrecht zu erreichen suchten, welches gegen in Gotteshäuser geflüchtete Verbrecher Zwang auszuüben verbot.

Damit wurde das Blutvergießen hintangehalten und dem Flüchtling Gelegenheit geboten, durch Genugtuung und Bußzahlung die öffentliche Strafe oder die Privatrache abzuwenden.[32])

Da sich die Kirche aber nicht ausnahmslos verpflichtet fühlte, dem weltlichen Verfolger in den Arm zu fallen, kann man auch hierin eine Art Gnadenübung erblicken.[33])

In dieser Zeit kommt das Begnadigungsrecht, von dem erwähnten privaten Begnadigungsrecht des Verletzten und dem der Kirche abgesehen, ausschließlich dem Träger der Staatshoheit, d. i. dem Landsding bezw. König zu.

Ein Begnadigungsrecht des Richters gab es in dieser Periode nicht.[34])

II. Nachfränkische Zeit bis zur Carolina.

In den folgenden Jahrhunderten kam das Begnadigungsrecht im technischen Sinne, das in der fränkischen Zeit ein Souveränitätsrecht war, mehr und mehr in die Hände der Territorial- und Grundherren.

Diese Entwicklung hat ihren Grund in dem allmählichen Verfall der alten Gauverfassung. Die Gaue wurden nicht mehr von Grafen als bloßen königlichen Beamten verwaltet, sondern kamen in die erbliche Nutzung von Grafen und anderen Herren, welche sich mancherlei Immunitätsrechte übertragen ließen.[35])

Ein großer Teil des Kronguts mit der damit verbundenen

---

[32]) Beyerle a. a. O. S. 8.

[33]) vgl. v. Bar, Handb. d. Strafrechts Bd. 1 S. 80 N. 339 u. 344.

[34]) Ein solches Recht bestand übrigens auch nicht nach römischem Recht. Vgl. Mommsen, Röm. Strafrecht S. 1040 N. 4.

[35]) Frauenstädt a. a. O. S. 888—890 und Brunner, Grundzüge d. deutschen RG. 3. Aufl. § 39; Beyerle S. 9.

Gerichtsbarkeit wurde, namentlich durch die Ottonen,[36]) an die kirchlichen und weltlichen Territorialherren verschenkt.

So kam es, daß allmählich dem König die Gerichtsbarkeit in der Hauptsache nur mehr in seinen allodialen Besitzungen und in wenigen zerstreuten reichsunmittelbaren Gebieten blieb.

Späterhin nahmen dann die meisten Territorialherren auf eigene Faust mit Erfolg das Recht in Anspruch, mit dem Amte auch den Blutbann, d. h. die Gerichtsbarkeit über Leben und Tod, zu verleihen.

Das Begnadigungsrecht wurde von jeher als ein Bestandteil[37]) der Gerichtsbarkeit angesehen. Insoweit daher die Territorialherren durch Usurpation oder Privileg die Gerichtsbarkeit erlangt hatten, war auch das Begnadigungsrecht in ihre Hände gelangt. Diese Rechtsanschauung erhellt u. a. aus dem kleinen Kaiserrecht, woselbst es am Schlusse des zweiten Buches heißt: „Wer die Tat richten soll, der hat Gewalt, Gnade zu tun".[38])

Hatte sich auch der Inhaber des Begnadigungsrechtes geändert, indem an die Stelle des Königs die geistlichen und weltlichen Territorialherren, Grundherren, Städte, ja selbst Dörfer getreten waren, so war doch die Rechtsauffassung von der Gnade als einem Ausfluß höherer Billigkeit, die der Herr des Landes ausüben kann, unverändert geblieben.

Schon in fränkischer Zeit hatte, wie Beyerle bemerkt,[39]) die Ausgestaltung der Infidelität und des Huldverlustes dem König als Mittel zur Schaffung freierer Strafbefugnisse gedient. Der König konnte gnadenweise eine Wiederverleihung der verlorenen Huld eintreten lassen.

Wie seit der fränkischen Zeit die Könige bei Androhung ihrer Ungnade Gesetze und Gebote erlassen hatten, taten es jetzt auch die Territorialherren,[40]) welche für ihr Gebiet die ehemals königlichen Gerechtsame nunmehr zu eigenem Nutzen ausübten.

Bei den gegen die Gesamtheit gerichteten Verbrechen war der Inhaber der Gerichtshoheit der Verletzte und die Begnadigung sein

---

[36]) Beispiele bei Brunner a. a. O. S. 67ff.; vgl. Frauenstädt a. a. O. S. 888.

[37]) Frauenstädt a. a. O. S. 890 und Beyerle S. 10.

[38]) vgl. Frauenstädt a. a. O. S. 890.

[39]) Beyerle a. a. O. S. 10 u. 11.

[40]) Beyerle S. 11.

freies Recht. Bei den zahlreichen gegen Leib und Gut der einzelnen gerichteten Verbrechen erhielt sich der Gedanke privaten Strafanspruches des Verletzten bis tief ins Mittelalter.[41]) Die Folge dieser Auffassung war, daß das Begnadigungsrecht in solchen Fällen von der Zustimmung des Verletzten abhängig blieb.[42])

Das Friedensgeld oder Gewedde, welches an die öffentliche Gewalt zu zahlen war, fiel nicht immer an den Territorialherrn, sondern vielfach an den davon verschiedenen Richter.[43]) Die Folgeerscheinung war, daß das Geldinteresse des auf Sporteln angewiesenen Richters zeitenweise zur möglichsten Verbreitung dieser Ledigung von der öffentlichen Strafe und zum Verbote außergerichtlicher Abfindung mit dem Verletzten führte. Wie Hälschner a. a. O. Bd. 1 S. 547 bemerkt, war es hier das Geldinteresse, welches den Richter und Verletzten zum Verzicht auf die Strafe bestimmte. Nicht etwa war aus inneren sachlichen Gründen dem Richter ein Begnadigungsrecht übertragen, wenn er auch gelegentlich einen bestimmenden Einfluß auf die Ledigsprechung gewann.[44]) Aber nicht auf Richter und Verletzte blieb das Gnadenrecht beschränkt.

Bekannt ist das weitverbreitete Begnadigungsrecht des Scharfrichters, wonach der zehnte zum Tode Verurteilte seinem freien Willen gehörte, sowie das Losschneidungsrecht der hochgestellten Frauen, ferner die auf Heirat abzielende Bitte einer Jungfrau, auf Grund deren der Verbrecher ihr zum Gatten geschenkt wurde.[45]) Auch der umgekehrte Fall kam vor.

Das Asylrecht, das in der fränkischen Periode als wesentlich kirchliche Einrichtung entstanden war, bestand auch in dieser Periode weiter. Das Wesen desselben blieb sich gleich, nur kamen statt der kirchlichen mehr und mehr weltliche Asylstätten auf: Fronhöfe, Mühlen, Gerichtsstätten.

---

[41]) Frauenstädt a. a. O. S. 891—893; Knapp, Nürnberger Kriminalrecht S. 128; Plochmann S. 31 n.; Carl Lüder, Das Souveränitätsrecht der Begnadigung S. 59, Leipzig 1860.

[42]) Über vereinzelte Ausnahmen vgl. v. Bar, Gesetz und Schuld Bd. 3 S. 476.

[43]) vgl. Hälschner, Preuß. Strafrecht Bd. 1 S. 546 ff.

[44]) vgl. die Beispiele bei Geib Bd. 1 S. 211.

[45]) Frauenstädt a. a. O. S. 890 ff.; Beyerle S. 16; Osenbrüggen, Alemannisches Strafrecht S. 190 u. 122 ff.; derselbe, Studien zur schweizerischen und deutschen Rechtsgeschichte S. 376 ff. u. 381; Knapp, Nürnberger Kriminalrecht S. 129; vgl. hierzu auch v. Amira, Grundriß d. germ. R. 2. Aufl. S. 79 ff.

Von großer Bedeutung war endlich das von der Kirche unterstützte Fürbittewesen.[46]) Nicht nur die Verwandtschaft des Verletzten, sondern Leute aller Stände, namentlich auch Geistliche und Ordensleute, schlossen sich gelegentlich zu gemeinsamer Fürbitte zusammen.

Die Fürbitte unterscheidet sich dadurch von einem Gnadengesuch im heutigen Wortsinn, daß sie den Richter bestimmen will, anders zu richten als nach strengem Recht und Verdienst. Sie kann daher auch der Regel nach wenigstens nur eingelegt werden vor der Urteilsfällung.[47]) Das Richten nach Gnade äußerte sich als Strafumwandlungsrecht und bot dem Richter die Möglichkeit, gegenüber den strengen, absolut bestimmten Strafen sein arbitrium geltend zu machen und gewisse leichtere Rechtsfolgen, insbesondere Bußen eintreten zu lassen. Diese Einrichtung ist kein Absehen von der Strafe im technischen Sinne, sondern eine bloße Strafmilderung.

Das Richten nach Gnade beruht insofern teilweise auf gesetzlichen Vorschriften, als manchmal im Statutarrecht die Wahl gelassen wird, nach der Strenge des Rechts oder nach Gnade zu richten.[48]) Im übrigen mag für sein Aufkommen insbesondere auch der Umstand bestimmend gewesen sein, daß Richter und Gerichtsherr, der ursprüngliche Inhaber des Begnadigungsrechtes, oft ein und dieselbe Person waren.[49]) Ein innerer Grund für die weite Verbreitung des Richtens nach Gnade im Mittelalter war wohl, abgesehen von dem hier und da auch hier vorkommenden Mitherein-

---

[46]) Frauenstädt S. 902—906; Knapp a. a. O. S. 128/29; Osenbrüggen, Studien a. a. O. S. 370.

[47]) vgl. Osenbrüggen, Studien S. 370, 375; derselbe, Alemannisches Strafrecht S. 180; Beyerle S. 17.

[48]) Osenbrüggen, Alemannisches Strafrecht S. 179; vgl. aber auch den bei demselben, Studien S. 372, erwähnten Fall des Schweizer Fehdebriefes, wo ein Richter nach Gnade ausdrücklich ausgeschlossen ist.

[49]) Frauenstädt S. 907. Nicht richtig erscheint jedoch die Annahme Frauenstädts S. 907, daß für das germanische Rechtsbewußtsein die Gnade Attribut des Richters, nicht etwa des Fürsten oder sonstigen Territorialherrn gewesen sei. Es würde sich sonst u. a. nicht verstehen lassen, daß das Richten nach Gnade durch besonderes kaiserliches Privileg verliehen wurde. Vgl. das Zitat v. Bar, Handb. Bd. 1 S. 108; a. a. O. wird auch einer gratia ducis aus dem Jahre 1120 Erwähnung getan; vgl. ferner Osenbrüggen, Alemannisches Strafrecht S. 184; v. Bar, Gesetz u. Schuld Bd. 3 S. 462.

spielen von Geldinteressen, die außerordentliche Strenge der gesetzlichen Strafen und das Fehlen jeglichen Strafrahmens.[50])

Das Recht der Gnade war so ein Surrogat für das fehlende Institut der relativ bestimmten Strafen, und es hatte bei der zu großen Strenge des Strafrechts bis zu einem gewissen Grade seine Berechtigung.[51]) Im Laufe der Zeit kam es infolge pekuniärer Interessen der Gerichtsherren, wie auch durch die Rücksicht, welche die Städte gegenüber einflußreichen fremden Persönlichkeiten walten lassen mußten, zu mancherlei mißbräuchlichen Überspannungen jenes Richtens nach Gnade, welche der allgemeinen Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit erheblichen Eintrag tun mußten.[52])

In manchen Städten wurde aus diesem Grunde das starke Überhandnehmen des Fürbittewesens vielfach als großer Mißstand empfunden. Mächtigere Städte suchten sich daher von dem Mißstande zu befreien, indem sie das Fürbittewesen an strenge Voraussetzungen knüpften oder gänzlich untersagten.[53])

In der folgenden Periode, die wir unter dem Namen die „neuere Zeit" zusammenfassen und mit dem 16. Jahrhundert beginnen lassen, verschwinden Fürbitte und Richten nach Gnade ganz aus dem Strafrecht, in das sie nur wegen der Schwäche der Staatsgewalt und der Mangelhaftigkeit der Gesetzgebung hatten eindringen können.

---

[50]) vgl. auch Plochmann a. a. O. S. 32 u. 22, wo derselbe die starke Zunahme der Begnadigungen im 15. u. 16. Jahrhundert erwähnt und zu erklären sucht. Teilweise and. M. Carl Lüder, Das Souveränitätsrecht der Begnadigung S. 61 ff., Leipzig 1860.

[51]) Osenbrüggen, Alemannisches Strafrecht S. 180; derselbe, Studien S. 371; Beyerle S. 17; Knapp, Nürnberger Kriminalrecht S. 127.

[52]) vgl. Näheres bei Osenbrüggen, Studien S. 371; derselbe, Alamannische Studien S. 181 ff.; Frauenstädt S. 903 ff.; Knapp, Nürnberger Kriminalrecht S. 127; Beyerle S. 17.

[53]) s. Frauenstädt S. 904. So verbot z. B. die Stadt Nürnberg durch Verordnung von 1482 bei Strafe, für einen Verbrecher Fürbitte einzulegen; 1483 wurde das Verbot auch auf die Prediger und Barfüßermönche und auf die Prälaten ausgedehnt. Auch Selbstgelöbnisse des Rates, daß dessen Mitglieder keine Fürbitte einlegen würden, begegnen uns; vgl. Harster, Strafrecht der Stadt Speyer S. 130.

III. Neuere Zeit.

Rückkehr des Begnadigungsrechtes zum Staatsoberhaupt. Abkommen des Richtens nach Gnade.

Seit dem 16. Jahrhundert sind die allmählich zur Stellung von Souveränen emporgelangten Landesherren bestrebt, die Befugnis zur Begnadigung als staatliches Hoheitsrecht für sich in Anspruch zu nehmen, wobei sie an den römischrechtlich gebildeten Beamten eine Stütze fanden.[54]) Um die Mitte des 17. Jahrhunderts vertritt bereits die Mehrheit der staatsrechtlichen Schriftsteller die Anschauung, daß die Begnadigung zu den „Regalien" zähle.[55]) Die praktische Verwirklichung dieser Bestrebungen verläuft langsam und schrittweise.[56]) Noch in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts hatten die Patrimonialgerichtsherren in allen Fällen, die nicht an Leib, Leben und Ehre gingen, ein selbständiges Begnadigungsrecht. Die Theresiana von 1768 Art. 17 erwähnt allerdings nur mehr die landesfürstliche Nachsicht. Doch hat, wie Frauenstädt a. a. O. konstatiert, erst das preuß. Landrecht ausdrücklich das Begnadigungsrecht dem Landesherrn allein vorbehalten, und zwar sowohl die Abolition wie die Begnadigung in eigener Sache, ferner die vollständige Begnadigung ebenso wie die teilweise Begnadigung.[57])

Damit ist für das Richten nach Gnade kein Raum mehr.[58]) Es war aber auch kein Bedürfnis mehr vorhanden, denn die neueren Strafgesetzbücher hatten genügend weite Strafrahmen und außerdem auch die Zubilligung mildernder Umstände.

---

[54]) s. Beyerle S. 19; Frauenstädt S. 907.

[55]) Hälschner, Preuß. Strafrecht Bd. 1 S. 548; vgl. auch Carpzov, Practica Nova Imperialis (1635) qu. 150 N. 14: Jus aggratiandi inter regalia seu jura maiestatis refertur. Ferner Damhouder, Praxis rerum crim. (1616) cap. 148 n. 1: Sciendum est, remissionem neminem largiri posse quam solum principem.

[56]) Über den näheren Verlauf vgl. Frauenstädt S. 908.

[57]) Über das Fortbestehen der Abolitionsmöglichkeit im geltenden Recht vgl. einerseits Binding, Grundriß des Strafrechts 7. Aufl. S. 113f.; v. Bar, Gesetz u. Schuld Bd. 3 S. 489; Löwe-Hellweg S. 100 12. Aufl.; EG. z. StPO. § 6 N. 2; Rosenfeld, Strafprozeßrecht 3. Aufl. S. 55 Nr. 3; andererseits Stenglein, EG. z. StPO. § 6 N. 2; John, StPO. Bd. 1 S. 108f.; wieder anders v. Kries, Strafprozeßrecht S. 105f.; Finger, Strafrecht Bd. 1 S. 566f.

[58]) vgl. Frauenstädt S. 905, wonach schon im 16. Jahrhundert Bedenken gegen das Richten nach Gnade geltend gemacht wurden; s. Beyerle S. 20.

IV. Ergebnis.

Überblicken wir den Verlauf der ganzen Entwicklung, dann finden wir, daß in der ältesten Zeit und in der Zeit der machtvollen Frankenherrscher das Begnadigungsrecht ausschließliches Vorrecht des Trägers der Staatshoheit war. Mit dem Verfall der Königsmacht kam das Begnadigungsrecht in die Hände zahlreicher weltlicher und geistlicher Herren, der Ritter, Städte und sogar Dörfer.[59]) Dem Grundsatze nach verblieb die Begnadigung auch während dieser Periode beim Gerichtsherrn.[60]) Lediglich die äußere Starrheit und Strenge mancher Partikularrechte, welche es von kurzer Hand zu mildern galt, sowie das eigene Geldinteresse der vom Gerichtsherrn angestellten Richter, für die man eine zureichende andere Besoldung nicht hatte, führten zeitweilig dazu, daß der Richter neben der Rechtsprechung auch die Befugnis hatte, in gewissen Fällen Gnade zu üben.

Als seit dem 16. Jahrhundert einzelne mächtigere Territorialherren zur Rechtsstellung von Fürsten gelangt waren und diese straffer die Zügel der Regierung ergriffen, nahmen sie das Recht der Begnadigung mit Erfolg in Anspruch,[61]) und damit war das Begnadigungsrecht wieder ein Hoheitsrecht des Herrschers geworden, allerdings nicht eines Herrschers über ganz Deutschland, sondern der einzelnen Landesherren, und das Amt des Richters war wieder auf seine ursprünglichen Grenzen zurückgeführt worden, auf die Rechtsprechung.

---

[59]) Nach Geib, Strafrecht Bd. 1 S. 197. steht die Ausbildung der richterlichen Freiheit, Recht mit Rücksicht auf die Individualität des einzelnen Falles zu schaffen, in engem Zusammenhang mit dem Untergang, insbesondere mit dem Vergessenwerden der Volksrechte, an dessen Stelle doch auch irgendwelche Ordnung treten mußte. Als im späteren Mittelalter wieder eine Periode der Rechtskodifikation aufkam, hatte sie wenig schöpferische Gedanken und übernahm das mittlerweile gewordene richterliche Recht, zu individualisieren und Gnade zu üben.

[60]) Dies gibt auch Frauenstädt S. 907 zu. Aber er glaubt irrig aus der Abspaltung des Richteramts von der Gerichtsherrlichkeit und dem tatsächlichen Übergang eines Gnadenrechts auf den Richter schließen zu sollen, es sei unrichtig, daß nach urgermanischer Anschauung die Gnade von dem Richter getrennt sei.

[61]) Vereinzelt geschah dies schon früher, nämlich mit dem Eindringen des römischen Rechts in Deutschland; Geib, Strafrecht Bd. 1 S. 248.

Untersuchen wir die im Mittelalter bestehende Einrichtung der Ausübung des Begnadigungsrechtes durch den Richter in Form des Richtens nach Gnade auf ihre Berechtigung, so kommen wir zu dem Ergebnis: Die Einrichtung war aufgekommen lediglich, weil es an einer ordentlichen Staatsgewalt gefehlt hat; unter diesen Umständen hatte sie für die damalige Zeit geschichtlich ihre Berechtigung; sie bildete vielleicht sogar eine notwendige Einrichtung, da das Strafrecht der damaligen Zeit überaus streng war und es an einem Strafrahmen fehlte.[62])

Mit dem Wiederaufkommen einer richtigen Staatsgewalt hört das Begnadigungsrecht des Richters auf. Es erschien auch nicht mehr notwendig, da die Strafgesetze des 18. Jahrhunderts ohnehin genügenden Spielraum boten, dem Zeitbedürfnisse wieder besser angepaßt waren und die Gesetze des 19. Jahrhunderts auch dem richterlichen Ermessen in anderer Richtung weiteren Spielraum ließen.

Die Ausübung eines Begnadigungsrechts durch den Richter ist somit geschichtlich längst überwunden durch die total anders gewordenen staatsrechtlichen Verhältnisse. Wenn man neuerdings dem Richter wieder eine Befugnis zur Erteilung von Gnade geben will, dann kann man diese Einrichtung nicht als eine Fortentwicklung des mittelalterlichen Richtens nach Gnade ansehen, und auf keinen Fall kann das Richten nach Gnade für die beabsichtigte Wiedereinführung eines richterlichen Gnadenrechts in Form des Absehens von Strafe als Rechtfertigung dienen. Denn das Richten nach Gnade war nur infolge der mangelhaften staatsrechtlichen Verhältnisse und einer die Individualität der Fälle nicht genügend berücksichtigenden Strafgesetzgebung aufgekommen und wurde jeweils wieder beseitigt, als diese mißlichen Verhältnisse, die zu jener Einrichtung geführt hatten, überwunden waren.

Im Gegenteil, die geschichtliche Betrachtung des Richtens nach Gnade zeigt, daß die Wiedereinführung eines richterlichen Begnadigungsrechts, wie es der Vorentwurf in Aussicht genommen hat, sich nicht empfiehlt.[63]) Wenn nun ein Richten nach Gnade

---

[62]) s. Frauenstädt a. a. O. S. 903.

[63]) Das Richten nach Gnade im späteren Mittelalter führte zu Rechtsungleichheiten, weil die Rechtsanwendung Zufallssache geworden war, und kann als eine Mitursache dafür angesehen werden, weshalb 1498 der Reichstag in Freiburg beschloß, „eine gemeine Reformation und Ordnung in dem Reich vorzunehmen, wie man in criminalibus procedieren soll"; vgl. v. Bar, Handb.

in dem vom Vorentwurf vorgeschlagenen Umfang wieder eingeführt wird, so ist zu besorgen, daß dann auch die Mißstände wieder eintreten würden, die zur Beseitigung des mittelalterlichen Richtens nach Gnade geführt haben.

Bd. 1 S. 110. Und als wiederum später infolge Veraltung der Gesetzgebung — diesmal der Carolina — das richterliche Ermessen sich durch Konstruierung von poenae extraordinariae in einer an das frühere Richten nach Gnade erinnernden Weise sich breit machte (vgl. v. Bar, Handb. Bd. 1 S. 145), war diese Periode dekadenter Verwilderung des Strafrechts der Vorläufer einer abermaligen Reaktion: man verfiel bei Abfassung des preuß. ALR. in das entgegengesetzte Extrem.

Drittes Kapitel.

Vereinbarkeit der Gnadenübung mit dem Beruf des Strafrichters.

§ 4.

Das richterliche Ermessen und seine Grenzen.

I. Aufgabe des Richters ist, wie wir in § 2 gesehen haben, die Rechtsanwendung, also vornehmlich Rechtsprechung, d. i. das Fällen von Urteilen.[64]) Die dabei zu entfaltende Tätigkeit ist eine dreifache.[65])

1. Durch Beweiserhebung hat der Richter die für die Entscheidung wichtigen Tatsachen festzustellen.

2. Alsdann hat er diejenigen Rechtssätze zu finden, welche auf den festgestellten Sachverhalt am genauesten passen, und seinen Fall unter die betreffenden Rechtssätze zu subsumieren.

3. Auf Grund der Subsumtion hat er diejenigen Rechtsfolgen auszusprechen, welche dem angenommenen rechtlichen Tatbestande entsprechen.

Das richterliche Urteil ist demnach ein Syllogismus,[66]) dessen

---

[64]) Goldmann, Der Richterstand und die sozialen Aufgaben der Gegenwart, Berlin 1906, S. 20: „Wir wollen zunächst deshalb nur die Amtstätigkeit des Prozeßrichters, die Rechtsprechung, ins Auge fassen" und S. 21: „der Zweck der Rechtsprechung ist, die jeweils bestehenden Rechtsverhältnisse oder die jeweils anerkannten Rechtsgüter im einzelnen Falle zu schützen".

[65]) vgl. Birkmeyer, Strafprozeßrecht S. 216/17.

[66]) vgl. Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1908, S. 216; ferner Goldmann, Der Richterstand und die sozialen Aufgaben der Gegenwart, Berlin 1906, S. 21; Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, Leipzig 1908, S. 11. Dort ist auch ein Beispiel eines solchen Syllogismus angegeben: Wer einen anderen vorsätzlich mit Überlegung tötet, wird wegen Mordes mit dem Tode bestraft. H. hat die M. vorsätzlich mit Überlegung getötet, folglich ist H. des Mordes schuldig und wird deswegen mit dem Tode bestraft.

Obersatz der Rechtssatz und dessen Untersatz der konkrete Tatbestand ist. Die dabei entwickelte Tätigkeit ist eine logische Tätigkeit. Aber die Tätigkeit des Richters beschränkt sich hierbei nicht auf die Anwendung formaler Logik. Vielmehr ergibt sich bei der entwickelten Richtertätigkeit verschiedentlich Veranlassung zur Anwendung eines pflichtmäßigen Ermessens.

1. Die unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen sind nur selten selbst Gegenstand der richterlichen Wahrnehmung. Der Richter hat also den Beweiswert der ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel abzuschätzen und im Strafprozeß von Amts wegen sich nach Beweismitteln umzusehen. Hierbei ergibt sich in erheblichem Maße Gelegenheit zur Entscheidung von Ermessensfragen, soweit nicht ausnahmsweise Präsumtionen und Beweisregeln seine Bewegungsfreiheit einengen.[67])

2. Auch bei Aufstellung des Obersatzes können sich Ermessensfragen ergeben, z. B. ob der ordentliche oder ein außerordentlicher Fall anzunehmen ist, aber auch bei der Feststellung eines Rechts oder Gesetzesanalogie. Zwar ist die Analogie nicht freie Rechtsschöpfung, sondern nur ein Herausholen im Rechtssystem bereits latent enthaltener Rechtsnormen.[68]) Aber bei Auffindung von Analogien ist es nicht mit der Konstatierung einer Regelung in gleichartig gelagerten Fällen getan, sondern es bedarf daneben auch einer Würdigung und Abschätzung, ob die gleichen Gründe auch für den dem Richter vorliegenden Rechtsfall anzunehmen sind. Der Richter, insbesondere auch der Revisionsrichter, wird hier häufig letzten Endes auf eigene Werturteile mit angewiesen sein. Hierin steckt, wie bei gewöhnlichen Auslegungsfragen, ebenfalls ein Ermessenselement mangels präziser Äußerung des Gesetzgebers.[69]) Immerhin ist zu beachten, daß bei Feststellung des passenden Rechtssatzes das richterliche Ermessen in der Regel keine große Rolle in unseren Zeiten des geschriebenen Rechts zu spielen hat.[70]) Und jedenfalls hat der Richter nie dabei die Be-

---

[67]) vgl. über die Fälle Birkmeyer, Strafprozeßrecht S. 90f.; Ullmann, Strafprozeßrecht S. 326f.

[68]) Binding, Grundriß des Strafrechts 7. Aufl. 1907 S. 69 unten.

[69]) Oertmann a. a. O. S. 12.

[70]) Goldmann a. a. O. S. 21, 25 u. 27. Über die freiere Stellung des römischen Richters vgl. Sohm, Instit. des röm. Rechts 1884 S. 34; Birkmeyer, Strafprozeßrecht S. 216. Über die Stellung des englischen Richters

fugnis, sich über das Gesetz hinwegzusetzen. Aber das Gesetz gewährt neuerdings absichtlich dem Richter bei Feststellung der Prämissen für die in Frage stehenden verschiedenen Rechtsfolgen eine gewisse Ermessensfreiheit in der Beurteilung der Rechtsverhältnisse. Dieses Vorkommen von sogen. elastischen Rechtssätzen ist im Zivilrecht weit häufiger als im Strafrecht. Beispiele bieten die Wendungen „unverhältnismäßig großer Schaden" § 904 BGB., „für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" § 616 BGB., „innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft" § 588 BGB., „allgemein anerkannte Regeln der Baukunst" § 330 StGB.[71])

Daß im Strafrecht diese elastischen Rechtssätze seltener sind und sein müssen, hat einen tieferen Grund in der wünschenswerten Aufrechterhaltung des Satzes nullum crimen nullave poena sine praevia lege poenali. Mit Recht bemerkt daher die Begründung zum Vorentwurf[72]): „Denn die Natur des Strafrechts mit seiner einschneidenden Bedeutung für die Existenz der Bürger und mit seiner Tragweite schließt es aus, dem Richter dasselbe Maß von Freiheit in der Anwendung des Gesetzes zu gewähren, wie dies im bürgerlichen Recht geschieht. Es würden sonst berechtigte Klagen über Rechtsunsicherheit und ungleichmäßige Anwendung der Gesetze nicht ausbleiben können". Ob diese These auch im Vorentwurf selbst verwirklicht ist, werden wir noch zu prüfen haben.

3. Der Hauptsitz für richterliches Ermessen ist im Strafrecht bei dem Ausspruch der Rechtsfolgen gegeben, während hier das bürgerliche Recht vielmehr eindeutig bestimmt ist und bestimmt sein kann, da es sich daselbst, von Schadensschätzungen abgesehen, meist um gesetzlich festgelegte Ansprüche handelt. Auch im Strafrecht kommen eindeutig bestimmte Rechtsfolgen vor. So ist die Geldstrafe bei Defraudationen in Nebengesetzen hin und wieder ein absolut bestimmtes Vielfaches des defraudierten Betrages, z. B. § 135 VereinszollG., so ist ferner bei Mord als Hauptstrafe nur die Todesstrafe angedroht. Doch paßt das letztere von Oertmann für eindeutige Rechtsfolgen des Strafrechts angeführte Beispiel

vgl. Gerland, Die Einwirkung des Richters auf die Rechtsentwicklung in England 1910, und Mendelssohn-Bartholdy, Das Imperium des englischen Richters 1908 S. 100f.

[71]) Über andere Beispiele vgl. Oertmann, ergänzte Ausgabe S. 6.

[72]) Die Begründung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch S. 10; vgl. dazu auch v. Birkmeyer, Beitr. z. Kritik des Vorentw. Bd. 1 S. 61; Köhler in Hirths Annalen 1910 S. 222.

nicht völlig, weil bei Mord die weitere Rechtsfolge der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte dem richterlichen Ermessen anheimgestellt ist (§ 32 StGB.).

Mit gutem Grunde ist bei Ausspruch der Rechtsfolgen der Richter im Strafrecht in der Regel der Fälle nicht nur an ein oder zwei Möglichkeiten gebunden, sondern in der Lage, zwischen einer größeren Anzahl von Strafgrößen zu wählen. Denn der Gesetzgeber kann die großen Variationen, mit denen auf der Schuld- und auf der Erfolgsseite nach der Erfahrung des praktischen Lebens zu rechnen ist, unmöglich alle vorausbestimmen und muß daher dem Richter die Gelegenheit zu vernünftiger Individualisierung des Falles belassen.[73])

Während bei den Ermessensfragen der Subsumtion unter einen Rechtssatz einerseits die etwa bestehenden Sätze der Sitte, des Verkehrs, der praktischen Erfahrung, nötigenfalls auch der wissenschaftlichen Erkenntnis den Richter hinsichtlich der Subsumtion seines Falles leiten sollen, war bei der Strafzumessung der Richter bisher sehr frei gestellt. Die Rechtsanalogie, die bisherige Gerichtspraxis, das Urteil der Allgemeinheit über die Bedeutung mancher Schuldgestaltungen schlugen ihm bei weitem nicht so enge Fesseln, wie die obenerwähnten Sätze den Zivilrichter bei den elastischen Rechtssätzen beschränken. Größere Rechtsungleichheiten in der Rechtsanwendung waren die unausbleibliche Folge angesichts der großen Zahl von koordinierten Gerichten. Um hier wenigstens einen bescheidenen Wandel anzubahnen, will § 81 VE. wenigstens auf einige berücksichtigenswerte Gesichtspunkte hinweisen. Daß dies vorläufig in recht unvollkommener Form geschehen ist, lassen wir hier beiseite (I).[74])

Dagegen erscheint es von Wichtigkeit, die Fragen nach dem prinzipiellen Umfang des richterlichen Ermessens in Strafsachen insofern aufzurollen, als dies für die Beurteilung des Absehens von Strafe von Bedeutung werden kann (II).

Daran anschließend soll eine kurze Übersicht über den Umfang des richterlichen Ermessens nach dem Vorentwurf gegeben werden, welche zugleich dartun soll, ob auf Grund der Ermessensbestimmungen des Vorentwurfs die Krönung des Ganzen durch ein richterliches Gnadenrecht ein besonderes Bedürfnis ist (III).

---

[73]) Gl. M. insbes. v. Birkmeyer, Das Absehen von Strafe S. 77.

[74]) vgl. Köhler in Hirths Annalen S. 183f.

Endlich ist darauf einzugehen, ob etwa Durchbrechungen des Legalitätsprinzips veranlaßt sind und ob diese dann als logische Konsequenz auch ein richterliches Gnadenrecht involvieren (IV).

II. Gehen wir von der Tatsache aus, daß das richterliche Ermessen aus dem Grunde unentbehrlich ist, weil nicht alle Schuld- und Erfolgsfälle im voraus ihrem Strafwert nach festgesetzt werden können, so ergibt sich aus diesem Rechtfertigungsgrunde auch zugleich die Schranke des richterlichen Ermessens, wenn demselben auch bedenkliche Seiten anhaften. Solche bedenkliche Seiten bestehen in mehrfacher Richtung. Der Richter nimmt teil am polititischen, religiösen und sittlichen Empfinden sowie an den sozialen Fragen. Er kann sich seine Anschauungen bilden, die von denen eines andern Kollegen vielleicht sehr verschieden sind. Je weiter das Ermessen, desto verschiedener werden die Subsumtionen und die Rechtsfolgen unter den verschiedenen Richtern ausfallen.

Der Richter ist unabhängig im Sinne des § 1 GVG. und diese Unabhängigkeit soll eher gekräftigt als geschwächt werden. Gibt ihm aber der Staat die Entscheidung in weitestem Maße in die Hand, nämlich in Fragen, die der Gesetzgeber selbst generell entscheiden könnte, so kann es nicht ausbleiben, daß die Entscheidungen mancher Richter ihm unbequem werden, und er hat kein Mittel, den unabhängigen Richter zu zwingen, daß er gerade so entscheide, wie die gesetzgebenden Faktoren es vielleicht am liebsten gesehen hätten. Er ist vielleicht generell zu milde oder zu streng bei bestimmten Delikten, bei denen man ihm einen sehr großen Strafrahmen zur Verfügung gestellt hat.

Die unnötige Weite des richterlichen Ermessens bringt Gefahren für die Gewissenhaftigkeit des Richters mit sich, der in Zeiten großer Geschäftsüberlastung sich die schwerer kontrollierbaren Ermessensfragen zum Deckmantel mancher willkürlicher Entscheidungen nehmen kann. Der Richterstand hat andererseits zwar an seiner Unabhängigkeit, aber nicht ebenso auch an besonderer Ausdehnung des Ermessens ein persönliches Interesse. Man erweist ihm damit einen problematischen Gefallen. Denn man wälzt ihm die Verantwortung für Entscheidungen zu, die zum Teil der Gesetzgeber selbst treffen könnte.[75])

---

[75]) vgl. über diese Verschiebung des Gesetzgeber- und Richteramtes insbes. auch v. Birkmeyer, Das Absehen von Strafe S. 70.

Da in Ermanglung eingrenzender gesetzlicher Weisungen die Entscheidungen der getrennt voneinander judizierenden Richter auch in gleichartigen Fällen verschieden ausfallen müssen, trägt jede Überspannung des Ermessens nicht dazu bei, das Vertrauen in die Treffsicherheit, Gleichmäßigkeit und Gerechtigkeit der Rechtspflege beim Publikum zu heben. Endlich ist zu beachten, worauf bereits Oertmann (S. 16) hinweist, daß „psychologisch der feste Umriß eines bestimmt redenden Rechtssatzes natürlich ungleich mehr Eindruck macht als die verschwimmenden Konturen eines abgeblaßten Wertbegriffes". Es heißt die Wirkung der Strafdrohung abschwächen, wenn man dem Richter die diskretionäre Befugnis einräumt, bei einer großen Anzahl von Delikten nach seinem Ermessen von Strafe überhaupt abzusehen.

Alle diese Erwägungen sprechen dafür, daß der Gesetzgeber alle einer generellen Regelung fähigen Fälle von typischer Bedeutung selbst vorsieht und bei Feststellung des Strafrahmens nach unten und oben nicht für alle in abstracto denkbaren Fälle eines weitmaschigen Tatbestandes eine Strafgröße bereithält, sondern nur für die im Bereich der praktischen Erfahrung liegenden. Durch zu weite Strafrahmen verliert der Richter den richtigen Maßstab für die Beurteilung der Normalfälle. Es ist im Vergleich zur einreißenden Unsicherheit hinsichtlich der bevorstehenden Straffolgen und im Vergleich zur drohenden Ungleichmäßigkeit der Rechtsprechung immer noch das kleinere Übel, wenn ein Strafrahmen für einen ganz abnorm gelagerten Fall nicht streng genug ist und der Übeltäter daher einmal zu milde wegkommt, als wenn der Strafrahmen mittlerer Delikte ohne Cäsuren bis zu den höchsten Strafgrößen hinaufreicht. Ebenso ist es im Vergleich zu den Gefahren einer Abschaffung der Strafminima das kleinere Übel, wenn ausnahmsweise die Gnade des Souveräns aushelfen muß, wo die rechtlich verdiente Strafe einmal auch in ihrem Minimum noch dem Billigkeitsgefühl zu hoch erscheint.

Die gleichen Erwägungen sprechen auch dagegen, daß der Gesetzgeber das richterliche Ermessen vollends bis zur Befugnis des Absehens von Strafe steigere.

III. Wenn wir nunmehr zusehen, ob die eben angedeuteten Grenzen des richterlichen Ermessens im Vorentwurf durchweg eingehalten sind, so kommen wir zu einem verneinenden Ergebnis. Auch wenn wir das Absehen von Strafe unberücksichtigt lassen,

finden wir eine bedenkliche Weite des richterlichen Ermessens häufig genug.

Hervorzuheben sind an dieser Stelle: a) Die Einführung von zahlreichen elastischen Begriffen im Besonderen Teil, z. B. „schwere Beeinträchtigung im Gebrauch seines Körpers und Geistes“ (§ 229), Körperverletzung in einer Weise, daß dadurch in erheblichem Maße die Gesundheit gefährdet werden konnte (§ 228), Verhältnisse des Privatlebens, die das öffentliche Interesse nicht berühren (§ 266 Abs. 2), Diebstahl durch Überwindung erheblicher Hindernisse (§ 270 Ziff. 4), geringer Schaden (§ 189).[76])

b) Die Anerkennung des Typus eines generellen gewerbs- oder gewohnheitsmäßigen Verbrechers ohne scharfe Begrenzung dieser Tatbestandselemente des § 89.

c) Die Unbestimmtheit der Merkmale eines besonders schweren Falles in § 84 Abs. 2: „Ein besonders schwerer Fall liegt vor, wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat ungewöhnlich bedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters ungewöhnlich stark und verwerflich erscheint“.

d) Die Unbestimmtheit der Rückfallsschärfung nach § 88 Abs. 2: „Die Strafe ist innerhalb der gesetzlichen Grenzen angemessen zu erhöhen“, sowie der Bemessung von Geldstrafen nach § 30 Satz 2: „Die Geldstrafe soll unter Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des Verurteilten bemessen werden“, die Unbestimmtheit des Zahlungsmodus nach § 31: „Das Gericht kann im Urteil zur Zahlung der Geldstrafe Frist bis zu drei Monaten bewilligen, auch dem Verurteilten die Abtragung der Geldstrafe durch bestimmte, spätestens innerhalb eines Jahres zu leistende Teilzahlungen gestatten. Diese Anordnungen können auch durch nachfolgende Entscheidung des Gerichts getroffen oder zugunsten des Verurteilten geändert werden“ und § 32 Abs. 1: „Dem Verurteilten kann die Tilgung der Geldstrafe durch freie Arbeit, soweit sich dazu Gelegenheit bietet, gestattet werden“.

[76]) vgl. dazu Nagler, Verbrechensprophylaxis und Strafrecht S. 210: „Das Volk ist aber überempfindlich für alle solche Elastizitäten und Unebenheiten, wie der unter Beteiligung weitester Kreise geführte Kampf um die Kautschukbegriffe des bisherigen Strafgesetzbuches zeigt; es erträgt nicht die beliebige Entfesselung des richterlichen Ermessens in Strafsachen“. Richtig v. Birkmeyer, Beitrag zur Kritik Bd. 1 S. 61, daß mit jenen Freiheiten dem Richteramt eine Aufgabe gestellt wird, die es auch nicht entfernt zu lösen imstande ist; gl. M. auch Köhler, Studien z. Vorentw. S. 18 f.

e) Die regelmäßige Abschaffung der Strafminima bei Versuch (§ 76 Abs. 3) und Beihilfe (§ 79 Abs. 3) bei Jugendlichen (§ 69) und bei den sogen. vermindert Zurechnungsfähigen (besser: vermindert Schuldfähigen) (§ 63 Abs. 2).

f) Die Ersetzbarkeit der Strafe durch Sicherungsmaßregeln bei Jugendlichen (§ 69).[77])

g) Die Unbestimmtheit der Merkmale eines besonders leichten Falles sowie die Aufhebung aller Strafminima bei sämtlichen Delikten, wenn der Richter einen besonders leichten Fall annimmt.

h) Die Einführung einer sogen. bedingten Strafaussetzung, d. h. bedingten Verurteilung für Fälle, die nicht besonders leicht zu sein brauchen, sondern eine Verurteilung bis zu sechs Monaten Gefängnis nach sich ziehen würden, ferner die Unbestimmtheit der in § 39 für die Annahme bedingter Verurteilung angegebenen Voraussetzungen.

Diese Erweiterungen sind so gewaltig, daß es geradezu gefährlich erscheint, sie durch die Fälle des Absehens von Strafe noch zu vermehren. Angesichts der Bestimmungen über verminderte Zurechnungsfähigkeit und bedingte Verurteilung sowie der Abschaffung des Strafminimums für besonders leichte Fälle, bei denen auch Erwachsene mit Verweis davonkommen können, fragt es sich auch, ob nicht daneben das Absehen von Strafe etwas Überflüssiges ist, dessen man daneben nicht mehr eigens bedarf. Diese Frage dürfte zu bejahen sein.

IV. Der letztere Gesichtspunkt kann auch gegenüber der Parallele zur Durchbrechung des Legalitätsprinzips geltend gemacht werden. Zwar könnte man mit einem Schein von Berechtigung sagen, wenn der Staatsanwalt und der Polizeibeamte künftig Straffälle sollen niederschlagen können, so gebührt dem Richter das gleiche Recht.

Allein dem tritt dann die beachtliche Kehrseite gegenüber, daß der Täter eines Deliktes nur gestraft wird, wenn außer feststehender Schuld noch hinzugekommen ist, daß sämtliche bei der Verfolgung beteiligten Faktoren keinen Anlaß genommen haben, von ihrem Abolitionsrechte Gebrauch zu machen. Damit wird aber das manchmal sehr erhebliche Interesse der Allgemeinheit wie auch des Verletzten an einer Bestrafung gar zu sehr in den Hintergrund

---

[77]) Eingehend gewürdigt durch v. Birkmeyer, Krit. Beitr. Heft 2 (1910).

geschoben. Es wird auch nicht dadurch ersetzt, daß in einigen Fällen der Verletzte die Befugnis hätte, sich den Mühen der Privatklage zu unterziehen.

Dazu kommt, daß bei einem richterlichen Begnadigungsrecht der Täter die Aussicht, dies zu erlangen, verwerten wird nicht nur bei der etwaigen Überlegung, ob er die Handlung riskieren soll, sondern auch bei der Frage, ob er Rechtsmittel einlegen soll. Auf letzteren Punkt hat insbesondere bereits Römheld[78]) hingewiesen.

Es ist wohl anzunehmen, daß die Staatsanwaltschaft, wenn sie nach ihrem Ermessen die Verfolgung ablehnen darf, bereits dem Richter so viele denkbare Begnadigungsfälle vorwegnehmen wird, daß es sehr fraglich ist, ob dann der Richter als zweiter Begnadigungsberechtigter noch daneben aufgestellt werden muß.

Es ist außerdem durchaus nicht zuzugeben, daß die umfangreichen Durchbrechungen des Legalitätsprinzips, welche der Entwurf zur Strafprozeßordnung und, ohne daß es im Gesetz zum Ausdruck gebracht wäre, außerdem die Begründung zum Vorentwurf eines Strafgesetzbuches (z. B. S. 324) vorschlägt, gerechtfertigt erscheinen. Über die Gesichtspunkte, welche gegen die Durchbrechungen des Legalitätsprinzips sprechen, ist bereits von v. Birkmeyer,[79]) v. Ullmann[80]) und Köhler[81]) so ausführlich gesprochen worden, daß es sich an dieser Stelle erübrigt, diese Gründe, denen wir beitreten, zu wiederholen.

Bei dieser Gelegenheit empfiehlt es sich, zum näheren Verständnis der besonders gelagerten Verhältnisse das Zumessungsrecht des japanischen Richters genauer in Auge zu fassen. Dieser ist natürlich ebenso wie der deutsche Richter den geltenden Gesetzen unterworfen und muß den durch die Gesetze fest bestimmten Strafrahmen zur Anwendung bringen.

Er ist ja ein staatliches Organ, welches die Gesetze anwenden muß, und es wird ihm außer in den durch das Gesetz festgelegten Fällen eine freie Willkür nicht erlaubt. In materieller Hinsicht ist er der Anwender der Gerechtigkeit, nach welcher Gutes mit Gutem, Böses mit Bösem zu vergelten ist.

---

[78]) Deutsche Richterzeitung Heft 2 S. 434.

[79]) v. Birkmeyer, Das Absehen von Strafe S. 83 f.

[80]) v. Ullmann, Verhandl. des 29. DJT. Bd. 1 S. 77 f.

[81]) Köhler, Vergeltungsidee S. 270.

Um diese Aufgabe zu erfüllen, muß er wie der deutsche Richter den Beweis erheben, das Gesetz auslegen und durch diese logische Tätigkeit das entsprechende Urteil finden. Hier muß er in Erwägung ziehen, inwieweit er den im Strafgesetzbuche festgelegten Begriff auslegen und ausdehnen und inwieweit er den erhobenen Beweis seinem Urteil zugrunde legen darf.

Ein wesentlicher Unterschied in den Befugnissen zeigt sich sonach beim richterlichen Ermessen. Diesem ist im japanischen Strafgesetzbuch eine sehr bedeutende Rolle zugewiesen, sowohl bei der Beurteilung der einzelnen Umstände des Verbrechens, als auch beim Strafausmaß. So kann der Richter z. B. bei Tötung Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren, lebenslängliche Zuchthausstrafe oder Todesstrafe bestimmen (§ 199).

Dem richterlichen Ermessen obliegt es, sogar den Tatbestand der Tötung als gegeben oder nichtgegeben zu bezeichnen. Hierbei ist zu bemerken, daß das Gesetz keinen Unterschied macht zwischen Tötung mit oder ohne Überlegung, Kindestötung und Totschlag bei Unternehmung eines Verbrechens.

Für die zeitige Freiheitsstrafe ist ein Spielraum bis zu 20 Jahren gegeben (§ 14).

In besonders leichten Fällen kann der Richter kraft seines freien Ermessens die Strafe mildern (§§ 66, 67, 71). Bei Todesstrafe hat er entweder auf lebenslängliche Freiheitsstrafe oder auf Freiheitsstrafe von mehr als 10 Jahren zu erkennen, die zeitige Freiheitsstrafe und Geldstrafe ist auf die Hälfte herabzusetzen (§ 68).

Die Würdigung der mildernden Umstände ist im Gesetz nicht besonders geregelt, vielmehr ebenfalls dem richterlichen Ermessen überlassen.

Durch die Einführung der bedingten Verurteilung (§§ 25—27), wonach bestimmte Personen, gegen welche auf Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren erkannt worden ist, nach den Umständen des Falles einen im Urteil selbst zu erwähnenden Aufschub der Strafvollstreckung auf die Dauer von einem bis zu fünf Jahren erlangen können, ist das freie Ermessen des Richters bedeutend erweitert worden.

Ob sich dabei immer ein für alle Teile gleiches und gerechtes Urteil erzielen läßt, ist sehr zu bezweifeln.

Denn nur zu leicht pflegen die der Willkür des Richters anheimgegebenen Strafurteile kraft seiner Machtfülle sehr streng

auszufallen, nicht zuletzt mit ein Grund, daß schon von verschiedener Seite in Erwägung gezogen wurde, auch in Japan die bisher fehlenden Laiengerichte einzuführen.

Hier dürfte es von Interesse sein zu betrachten, inwieweit den japanischen Richtern bei Ausübung ihres Amtes die Lebenserfahrung und der gesellschaftliche Verkehr zugute kommt. Sie verkehren außerhalb des Dienstes fast nicht mit den Angehörigen nichtbeamteter Berufskreise, so daß ihnen vielfach die praktische Einsicht in die Vorgänge des täglichen Lebens fehlt, ein Umstand, der ihnen verschiedentlich zum Vorwurf gemacht wird.

Andererseits stehen die japanischen Gerichtspersonen nicht nennenswert unter politischen und religiösen Einflüssen. Sie stehen auch in persönlicher Beziehung infolge ihres abgeschlossenen Verkehrs den vorkommenden Straffällen und ihrem Ausgang gänzlich indifferent gegenüber, so daß die Gefahr objektiver Voreingenommenheit sowie subjektiver Animosität bei politischen, religiösen, moralwidrigen oder sozialen Delikten gänzlich ausgeschlossen erscheint. Dieser Abgeschlossenheit gegenüber anderen sozialen Kreisen ist es zu danken, daß bei allen Handlungen der Gerichtspersonen in Japan eine Einseitigkeit nicht oder nur wenig empfunden wird.

Trotzdem läßt sich durch diese Unparteilichkeit die durch den großen Umfang des richterlichen Ermessens vorkommende Ungleichheit der Rechtspflege nicht ersetzen, um so mehr, als gerade durch die Einrichtung des „Absehens von der Strafe“ mehr und mehr diese Ungerechtigkeit vergrößert wird.

Im Gesetze nicht erwähnt, aber durch die Praxis eingeführt ist eine Durchbrechung des Legalitätsprinzips, d. h. durch Ministerialverordnungen ist dem Staatsanwalt und der Polizei anheimgestellt, in geringfügigen Fällen bei allen Verbrechen unter der Androhung, daß bei Begehung eines neuen Verbrechens auch dieses frühere mitverfolgt wird, von Strafverfolgung und Anklageerhebung abzusehen. Dem Richter werden infolgedessen grundsätzlich nur durchgesiebte Fälle vorgelegt, so daß er äußerst selten Gelegenheit hat, von einem gesetzlichen Recht Gebrauch zu machen, in bestimmten Fällen von der Bestrafung abzusehen. Da der Staatsanwalt mit Rücksicht auf die bisherige gute Führung oder auf die geringfügigen Folgen des Verbrechens oder auf die Gesinnung des Verletzten, insbesondere auf dessen anzunehmenden Vorsatz, in

Zukunft das Verbrechen nicht mehr zu begehen, die Verfolgung der Tat unterdrücken darf und dabei die Gefährlichkeit des Täters immer genau prüft, kommt es selten vor, daß die von der Verfolgung verschonten Personen nachträglich abermals eines Verbrechens verdächtig werden.

Die Einrichtung des japanischen Strafgesetzbuches „Absehen von der Strafe durch den Richter" würde an sich den Vorteil bieten, daß gleich günstige Wirkungen entstehen wie bei der Anklageunterdrückung durch die japanischen Staatsanwälte.

Aber das Absehen von der Verfolgung durch den Staatsanwalt ist ein ganz anderes als das des Richters, da für diesen grundsätzlich die zweimalige Verfolgung derselben Tat, welche Gegenstand der früheren Aburteilung war, ausgeschlossen ist, während der Staatsanwalt immer die Anklage erheben kann, wenn die Führung nicht den Gesetzen entsprechend ist. Da das Absehen von der Verfolgung durch den Staatsanwalt also nur ein bedingtes ist, soll man dem Richter nicht die Befugnis geben, von der Strafe endgültig abzusehen.

Die Einrichtung ist deswegen unnötig, weil bereits der Staatsanwalt in einem die gesellschaftliche Ordnung nicht benachteiligenden Umfang möglichst oft von der Verfolgung des Verbrechens absieht.

Die Überflüssigkeit wird dadurch gesteigert, daß der Richter auch mittels der bedingten Verurteilung die Strafe vorläufig erlassen kann, obwohl auch diese Einrichtung theoretisch sehr bedenklich ist. Hierdurch könnten vorteilhafte Wirkungen mindestens in gleichem Umfange erzielt werden wie beim Absehen von Strafe.

Es ist aus diesen Gründen nicht nötig, daß sowohl durch den Richter von Strafe als auch durch den Staatsanwalt (obwohl es bei diesem nur bedingtes Absehen ist) von der Verfolgung des Verbrechens abgesehen werden kann. In Fällen, wo der Staatsanwalt eine Verfolgung eingeleitet hat, könnte der Richter höchstens noch die an sich strafwürdige Tat als nichtstrafbar erklären und so ein der Gerechtigkeit widersprechendes Urteil erlassen. Kommt es trotz staatsanwaltschaftlicher Anklage zum richterlichen Absehen, so würde man leicht im gegebenen Falle daran denken, daß nur ein Mißbrauch der amtlichen Machtbefugnisse hier zur Durchkreuzung der staatsanwaltschaftlichen Verfolgung geführt habe.

§ 5.

Vergleichung des landesherrlichen und des richterlichen Begnadigungsrechtes.

a) Der Richter muß bei Erlassung seines Urteils vor allem das Gesetz beobachten. Soweit das Gesetz seinem Ermessen einen Spielraum läßt, muß er sich nur von der Idee der Gerechtigkeit leiten lassen. Damit ist schon gesagt, daß dem Richter die Befugnis, Gnade zu üben, nicht zukommt,[82]) denn das Wesen der Gnade ist Erlassen der an sich verwirkten Strafe. Die Gnade ist vielmehr ihrem Wesen nach dem Herrscher vorbehalten.[83]) Wenn gleichwohl die Gesetzgebung dem Richter ein Gnadenrecht gewährt, so widerspricht es nicht nur dem Richterberuf, sondern es ist auch ein Eingriff in die Rechte des Staatsoberhauptes.[84])

b) Aber diese theoretischen Gesichtspunkte sollen nicht allein ausschlaggebend sein. Es ist noch zu untersuchen, ob sich nicht ein richterliches Begnadigungsrecht vom praktischen Standpunkte aus empfiehlt. Denn schließlich ist für die Frage, ob eine Einrichtung einzuführen ist, doch der Umstand entscheidend, ob sie nützlich ist oder nicht.

Mit der Übertragung des Begnadigungsrechtes an den Richter ist vor allem die Gefahr eines ungleichmäßigen[85]) Gebrauches desselben verknüpft, da die Zahl der Gerichte im Land sehr groß ist. Ein sehr zu Milde neigender Richter wird leicht einen zu ausgedehnten Gebrauch machen, so daß sich ähnliche Mißstände einstellen wie im Mittelalter beim Richten nach Gnade.

---

[82]) s. Kade, Der deutsche Richter, Berlin 1905, S. 77/78; dagegen Kohler, Gedanken über die Ziele des deutschen Strafrechts, Leipzig 1909, S. 22: „beruht es doch auf dem Grundgedanken des deutschen Rechts, daß der Richter nicht nur zu urteilen, sondern nötigenfalls auch Gnade zu üben hat".

[83]) Kade a. a. O. S. 78 und oben § 2 dieser Arbeit.

[84]) vgl. v. Liszt in Vergl. Darst. A. Bd. 3 S. 58, wo die bedingte Verurteilung als ein Eingriff in das Gnadenrecht der Krone bezeichnet wird, eine Ansicht, die allerdings auf S. 59 a. a. O. bekämpft wird, zu Unrecht nach unserer Meinung. Was hier von der bedingten Verurteilung gesagt ist, läßt sich auf „Absehen von Strafe" anwenden.

[85]) s. Begr. S. 132. Was dort über die bedingte Verurteilung gesagt ist, trifft auch für Absehen von Strafe zu; vgl. ferner Vergl. Darst. A. S. 59/60.

Endlich ist die Gefahr vorhanden, daß der Glaube an die Unparteilichkeit[86]) der Gerichte erschüttert wird und so das Ansehen der Justiz im Volke Schaden leidet. Läßt man das Recht der Gnade da, wo es seinem Wesen nach hingehört, beim Staatsoberhaupt, dann ist die Gefahr einer ungleichmäßigen Gnadenübung nicht gegeben, da alle Begnadigungen von einer Stelle ausgehen.[87]) In Deutschland allerdings steht einer völligen Gleichmäßigkeit der bundesstaatliche Charakter entgegen. Aber wenigstens innerhalb der einzelnen Bundesstaaten ist die gleichmäßige Handhabung gegeben.[88])

Auch die Unparteilichkeit und der Glaube an diese wird so am ehesten erreicht, weil der Herrscher dem zu begnadigenden Delinquenten in der Regel persönlich ferne steht. Dazu kommt, daß die Person des Herrschers so sehr erhaben ist, daß seine Handlungen nicht leicht den Gegenstand einer Kritik bilden. Allerdings ist der Landesherr, wenn er sich über die Ausübung seines Begnadigungsrechtes schlüssig machen will, in der Regel auf die Feststellungen und Berichte der äußeren Behörden angewiesen. Da ist natürlich in einem gewissen Grade die Gefahr einer unrichtigen und ungenauen und vielleicht auch nicht ganz vorurteilslosen Berichterstattung gegeben.[89])

Da es sich jedoch bei der Berichterstattung hauptsächlich um Tatsachen handeln wird, ist die Gefahr der Parteilichkeit hierbei nicht größer, als wenn man die Ausübung des Begnadigungsrechtes selbst, welche vorzugsweise Ermessensfrage ist, den Gerichten überläßt.

Der Umstand, daß durch die mündliche Verhandlung der Richter sich ein genaues Bild von der Tat und dem Angeklagten machen kann, schließt die durch die große Anzahl der Gerichte gegebene Gefahr der ungleichmäßigen Anwendung nicht aus.[90]) Es ist allerdings richtig, daß auch sonst im Strafrecht, wo überhaupt dem richterlichen Ermessen ein Spielraum gelassen ist, wie z. B. bei allen relativ bestimmten Strafen, solche Ungleichmäßigkeiten

---

[86]) vgl. Begr. S. 132 und v. Birkmeyer, Absehen von Strafe S. 83.
[87]) vgl. Begr. S. 134.
[88]) s. Begr. S. 134.
[89]) s. Begr. S. 134.
[90]) s. Begr. S. 134.

vorkommen werden.[91]) Aber deswegen kann es sich doch nicht empfehlen, nun von neuem eine Einrichtung einzuführen, welche die Gefahr der Ungleichmäßigkeit in der Gesetzesanwendung noch vermehrt. Nicht zu unterschätzen ist auch der Gesichtspunkt, daß die Frage, ob der Täter unbestraft zu lassen ist oder durch das Urteil wirklich bestraft wird, in mancher Richtung (z. B. Eintragung in das Strafregister, Rückfallsmöglichkeit) ungleich weittragender ist als geringfügige Unterschiede in der Strafzumessung.

Die Begründung sagt S. 323: „Einzelne Fehlgriffe wird die Berufungsinstanz zu verbessern haben", aber einzelne Mißgriffe kommen natürlich nicht nur bei Anwendung dieser Einrichtung, sondern bei Anwendung aller Strafgesetze vor. Wenn die Begründung gerade bei der Einrichtung „Absehen von Strafe" sich mit solchen Mißgriffen und ihrer Heilung durch die Berufungsinstanz beschäftigt, so kommt dies wohl daher, daß der Vorentwurf bei der Schaffung dieser Einrichtung schon ihre Mangelhaftigkeit gekannt und schon mit der Unmöglichkeit ihrer richtigen Anwendung gerechnet hat.[92])

Bei der Berücksichtigung aller dieser Momente wird man unbefangen wohl zu dem Ergebnis gelangen müssen, daß sich die Einführung eines richterlichen Begnadigungsrechtes auch nicht auf Grund praktischer Erwägungen rechtfertigen läßt und damit auch nicht die Einrichtung des Absehens von Strafe durch den Richter. Wenn man sie jedoch für vorteilhaft hält, dann soll man sie zuerst in viel engerem Maße praktisch erproben, indem man sie etwa zunächst dem Staatsoberhaupt in Gestalt einer reichsrechtlich für bestimmte Fälle eingeführten Abolitionsbefugnis vorbehielte, ebenso wie man in Deutschland nicht gleich zur bedingten Verurteilung übergegangen ist, sondern mit der bedingten Begnadigung durch das Staatsoberhaupt Versuche angestellt hat.

Wenn die besonders leichten Fälle, in denen ein Absehen von Strafe zulässig und angemessen ist, überhaupt nur äußerst selten[93])

---

[91]) s. Begr. S. 134.

[92]) Treffend bemerkt v. Birkmeyer, Absehen von Strafe S. 80, gegen das Vorschieben einer Remedurmöglichkeit in den Rechtsmittelinstanzen: „In der Berufungsinstanz werden die Gefahren des § 83 VE. sich in kleinerem Umfang, aber mit größerer Autorität äußern wie in der ersten Instanz". Schon jetzt heißen übrigens solche Berufungskammern, welche die Freiheitsstrafen in Geldstrafen umzuwandeln pflegen, im Volksmunde „die barmherzigen Brüder".

[93]) s. Begr. S. 136.

vorkommen, besteht gerade aus diesem Grunde keine Veranlassung, die Einrichtung im Strafgesetzbuch zu regeln und ihre Handhabung dem Richter zu übertragen.

§ 6.

Verhältnis des Absehens von Strafe zur bedingten Verurteilung.

Erscheint es nach dem bisher Ausgeführten nicht richtig, bei Vorliegen einer schuldhaften und gesetzlich strafbaren Handlung dem Verbrecher in besonders leichten Fällen die Strafe zu erlassen, so erhebt sich die Frage, ob die Maßregel nicht sachlich ganz auf das gleiche hinausläuft wie eine andere Maßregel, nämlich die bedingte Verurteilung, und ob es sich nicht empfiehlt, wenigstens zum Ersatz diese letztere Maßregel im Gesetz zu verwerten. Beides ist zu verneinen.

Wird bedingte Verurteilung gewährt, so wird damit der Delinquent entlassen und das Strafurteil nach einer gewissen Zeit gänzlich aufgehoben, wenn er während dieser Zeit sich gebessert hat bezw. wenn er eines Verbrechens nicht von neuem überführt wird. Der Verbrecher muß also, wie wenn er unter Polizeiaufsicht stünde, auf sein Betragen achten, rechtswidriges Verhalten meiden oder sogar positiv sich gut führen. Obwohl dann zwar äußerlich an dem Täter keine Strafe vollzogen worden ist, ist er doch von einem sozialethischen Gesichtspunkt aus als bestraft zu erachten, d. h. er empfängt ein Mißbilligungsurteil der Gesamtheit, verbunden mit der vorläufig noch nicht abgewendeten Inaussichtstellung eines wirklichen Strafübels. Dazu kommt gelegentlich die Furcht, bei einem erneuten Verbrechen die vorläufig aufgeschobene Strafe sich zuzuziehen. Der Unterschied der bedingten Verurteilung von dem richterlichen Gnadenrecht des Absehens von der Strafe besteht somit zunächst darin, daß das Mißbilligungsurteil der Gesamtheit auch formell zum Ausdruck gebracht wird, während das richterliche Absehen von der Strafe ausweislich der Begründung Fälle unverdienter Strafe, d. h. nur scheinbar verwirkter Strafe treffen soll.[94])

[94]) Fälle, wo zwar die Begriffsbestimmung, aber nicht der Gedanke und Zweck des Gesetzes zutrifft. Fälle von Verurteilungen, die als unbillig angesehen werden und die öffentliche Meinung verstimmen, s. Begr. S. 321.

Das Absehen von Strafe durch den Richter ist also eine Art von Mißtrauensvotum gegen den Träger des Begnadigungsrechtes, er werde sein Recht der Begnadigung zum Zwecke höherer Gerechtigkeit weniger richtig und gleichmäßig handhaben als die Gerichte.

Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß bei der bedingten Verurteilung das verwirkte Übel im Falle schlechter Führung oder neuer Begehung eines Deliktes noch zum Vollzuge kommt, daß somit der bedingt Verurteilte hier noch eher Anlaß nehmen wird, aus dem Prozeß sich die Warnung zu entnehmen, er dürfe nicht straffällig werden.

Auch die Warnung der übrigen Rechtsgenossen, Gleiches zu tun, fällt bei der bedingten Verurteilung immerhin noch wirksamer aus als bei dem Absehen von der Strafe. Denn bei letzteren erklärt ja der Richter: „Deine Handlung war zwar schuldhaft, rechtswidrig und mit Strafe bedroht; ich sollte dich also verurteilen. Aber das konkrete Strafgesetz ist hier unbillig, und ich darf seine Anwendung auch ablehnen. Es wäre unbillig, doch zu strafen. Bei so unbedeutendem Verschulden erachte ich es nicht für angezeigt, daß die Rechtsgenossen sich auf Grund deiner Bestrafung eine Warnung entnehmen, Gleichartiges zu unterlassen". Endlich besteht auch noch der Unterschied, daß dem Richter in den §§ 38 und 39 VE. wenigstens etwas faßbarere Kriterien für die bedingte Verurteilung gegeben sind als für die Anwendung des richterlichen Begnadigungsrechtes. Diese Unterschiede beider Einrichtungen rechtfertigen zunächst die Behauptung, daß mit der nachgewiesenen Unhaltbarkeit der einen Einrichtung nicht etwa auch schon (wegen angeblicher Gleichbedeutung) das Schicksal der anderen entschieden ist.

Allein trotz dieser Unterschiede kann auch diese bedingte Verurteilung als Surrogat des Absehens von Strafe nicht empfohlen werden. Sie muß notwendig bei der großen Zahl der Richter ungleiche Entscheidungen auslösen. Sie führt zu dem Satze „Einmal ist keinmal" in viel höherem Maße als die bedingte Begnadigung, welche von der Zentralstelle einheitlich dem jeweiligen Bedürfnisse nach reguliert werden kann, während die Gerichte unabhängig sind und unabhängig bleiben müssen. Sie wirkt außerdem praktisch meist nicht als Damoklesschwert, da sie eine zu flüchtige Einwirkung auf das Leben der unteren Klassen darstellt, eine jedesmalige Stellung unter Bewährungsbeamte aber eine zu umständ-

liche und einschneidende Maßregel bei geringfügigem Verschulden darstellt. Die Statistik hat neuerdings auch bedenkliche Seiten der bedingten Verurteilung gezeigt, nämlich erhöhte Rückfallsziffer bei bedingter Verurteilung. Z. B. vgl. Prot. der Kommission für die Reform des Strafprozesses Bd. 2 S. 317. Es ist endlich der Wirksamkeit des Rechtswillens nicht förderlich, wenn das Gesetz gar nicht mehr gelten will, falls der zu seiner Anwendung berufene Richter findet, man käme auch ohne seine Strafdrohungen aus. Von dem bedenklichen Eindruck solcher richterlicher Gnadenerteilungen (und eine solche ist ja auch in bedingter Form die bedingte Verurteilung) auf den Geschädigten sehen wir dabei noch ganz ab, obwohl auch in dieser Hinsicht manches anzuführen wäre.[95])

Sucht man nach Surrogaten des Absehens der Strafe, etwa weil heutzutage zuviel gestraft wird, so können nur andere Maßregeln in Frage kommen. Als solche wären etwa die bei Köhler, Vergeltungsgedanke S. 253 genannten Maßregeln in Erwägung zu ziehen.

---

[95]) Zu den Äußerungen von Gegnern der bedingten Verurteilung, welche von v. Liszt in Vergl. Darst. A. Bd. 3 S. 52 u. 55 aufgezählt werden, sind seither noch hinzugekommen v. Birkmeyer, Absehen von Strafe S. 69; Leonhard, Die modernen Strafrechtsideen und Strafvollzug S. 132; Hoegel, Einteilung der Verbrechen in Klassen S. 110; Köhler, Annalen des Deutschen Reichs 1910 S. 189; Köhler, Vergeltungsgedanke S. 244; vgl. auch v. Lippmann in Bl. f. RA. 1910 Bd. 10 S. 437f.

Viertes Kapitel.

§ 7.

Der Zweck der Strafe.

In engem Zusammenhang mit der Entstehung und der Entwicklung der öffentlichen Strafen steht für unsere Frage ein Eingehen in den modernen Streit über die Strafzwecke.

Einzusetzen ist hier mit dem Begriff,[96]) den wir mit dem Ausdruck „Strafe" verbinden müssen.

1. Zunächst ist für die Strafe wesentlich, daß sie ein Übel ist, ein Schmerz, eine Pein für den, der sie erleidet.
2. Aber nicht jedes Übel ist Strafe. Als ein Übel wird auch der Schmerz, der mit einer ärztlichen Operation verbunden ist, von dem Patienten empfunden.

   Gleichwohl ist dieses Übel keine Strafe. Der Schmerz ist bei der Operation nicht bezweckt, er ist vielmehr lediglich eine mit der Erzielung eines anderen Zweckes verbundene unerwünschte Begleiterscheinung.

   Beim Strafübel dagegen ist das Übel als solches gewollt.[97])
3. Aber auch nicht jedes Übel, das als solches gewollt ist, stellt eine Strafe dar, z. B. nicht jede Mißhandlung.

   Die Strafe ist vielmehr die Zufügung eines Übels wegen eines vorhergehenden, subjektiv vermeidbaren Verhaltens des Bestraften. Das Strafübel ist ein Übel, das wegen eines fehlerhaften Verhaltens als verdientes Übel erscheint: als eine Vergeltung (in malam partem).

---

[96]) Über den Begriff der Strafe vgl. v. Birkmeyer, Enzykl. der Rechtswissenschaft 2. Aufl. S. 1029; derselbe, Strafe und sichernde Maßnahmen, München 1906, S. 7—15; v. Liszt, Lehrb. des deutschen Strafrechts 16. u. 17. Aufl. S. 247; Meyer und Allfeld, Lehrb. des deutschen Strafrechts 6. Aufl. S. 2; Köhler, Vergeltungsgedanke 1909 S. 30; Nagler, Verbrechensprophyl. und Strafrecht S. 136; v. Rohland, Die soziologische Strafrechtslehre S. 27.

[97]) v. Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 15 IV.

4. Strafe ist endlich nur ein Übel, welches der Betroffene als Rückwirkung für sein vergangenes unrechtmäßiges Verhalten nach Maßgabe des Unwerts, der in demselben liegt, empfinden soll. Keine Strafe im technischen Sinne ist daher die polizeiliche Sicherungsmaßregel, welche vielleicht ebenfalls an ein Unrecht anknüpft, aber an andere subjektive Voraussetzungen sich anschließt und mit anderen positiven Rechtsfolgen verbunden ist (z. B. hinsichtlich der Frage einer Rückwirkung neu eingeführter sichernder Maßnahmen, der Anrechnung erlittener Untersuchungshaft).

Die angegebenen Merkmale machen das Wesen der Strafe überhaupt aus, nicht lediglich der öffentlichen Kriminalstrafe; so trifft die Definition z. B. zu bei der pädagogischen Strafe und bei der Disziplinarstrafe. —

Zum Begriff der öffentlichen Strafe speziell gehört weiter, daß sie vom Staat verhängt wird, und endlich, daß sie wegen eines fehlerhaften Verhaltens verhängt wird, das in einer Verletzung des Strafgesetzes besteht. Von einer Verletzung des Gesetzes zu reden, war lange Zeit verpönt.[98])

Die sicherndern Maßnahmen sind keine Vergeltung für vergangenes Unrecht; sie setzen überhaupt nicht notwendig ein Verbrechen voraus und haben nur den Zweck, ein für die Zukunft drohendes Verbrechen hintanzuhalten.[99])

Über den Begriff der Strafe ist heute kaum mehr Streit.[100]) Auch Liszt gibt zu, daß Strafe Vergeltung ist; auch unterscheidet er, gelegentlich wenigstens, die Strafe von sichernden Maßnahmen.[101])

Über den Zweck der Strafe herrschte von altersher lebhafter Streit, die historische Darstellung des Streites kann hier nicht gegeben werden.[102]) Es soll lediglich der gegenwärtige

---

[98]) vgl. aber neuerdings Bierling, Juristische Prinzipienlehre Bd. 3 S. 181.

[99]) v. Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 15 u. 16.

[100]) v. Birkmeyer a. a. O. S. 10 oben.

[101]) s. Liszt a. a. O. S. 248.

[102]) vgl. v. Liszt a. a. O. S. 83 Anm. 6; ferner R. Schmidt, Die Aufgaben der Strafrechtspflege, Leipzig 1895, S. 12ff.; Wächter, Beil. zur Vorl. 1877 S. 10f.

Stand der Meinungen kurz dargestellt und zu demselben Stellung genommen werden.

Der Streit um den Zweck der Strafe ist gegenwärtig verkörpert durch zwei Schulrichtungen, die klassische Schule und die moderne (sive soziologische) Schule.

I. Standpunkt der klassischen Schule.

Vergeltungsstrafe.

Die Anhänger der klassischen Schule wollen mit der Strafe Vergeltung üben.[103]) Die Vergeltung — das Wort passivisch genommen[104]) — wird von Beling meines Erachtens in durchaus zutreffender Weise definiert als dasjenige Menschenschicksal, das man sich durch eigenes Verhalten zugezogen hat und das ein Äquivalent für den inneren Wert dieses Verhaltens darstellt, sei es ein Äquivalent für wertvolles, innerlich verdientes Verhalten (Vergeltung in bonam partem), sei es ein Äquivalent für ein negativ bewertetes, innerlich schuldhaftes Verhalten (Vergeltung in malam partem[105])). Die Vergeltung, die durch die Strafe geübt werden will, ist natürlich Vergeltung in malam partem. Den Verbrecher soll dafür, daß er die Rechtsordnung durch einen Angriff auf fremde Rechtsgüter gebrochen hat, die Strafe in seinen eigenen Rechtsgütern treffen.[106])

Damit ist zunächst nichts weiter gesagt, als daß, wie schon oben gezeigt wurde, Vergeltung das Wesen der Strafe im technischen Sinne ist.

Die Anhänger der klassischen Schule betrachten jedoch Vergeltung auch als den Zweck der Strafe.[107]) Dies

---

[103]) v. Liszt und v. Birkmeyer, Emil Kraepelin, Theodor Lipps, Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe S. 4.

[104]) Beling, Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, Leipzig 1908.

[105]) Über den Begriff der Vergeltung vgl. auch v. Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 10.

[106]) v. Birkmeyer, Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe, in Heft I der Veröffentlichungen des Akademisch-juristischen Vereins S. 4.

[107]) v. Birkmeyer, Strafen und sichernde Maßnahmen S. 18: „Wenn die Strafe Vergeltung ist, so dürfte es unmöglich sein, mit ihr etwas, was nicht Vergeltung ist, ausschließlich anzustreben . . . man muß die Vergeltung auf alle Fälle unter die Strafzwecke mit aufnehmen". Meyer-Allfeld, Lehrb. des deutsch. Strafrechts S. 12 bezeichnet Vergeltung als den begriffs-

ist dann kein Widerspruch, wenn man den Begriff der Strafe auch dann noch für gegeben erachtet, wenn die Postulate des Vergeltungsgedankens nur teilweise bei der Ausgestaltung des Strafübels maßgebend sind. Die Vergeltung soll dann eben nach dieser These die Ausgestaltung der Strafe völlig durchdringen.[108])

Daraus, daß die Strafe Vergeltung sein soll, ziehen die Vertreter der klassischen Schule folgende Folgerungen für die praktische Ausgestaltung des Strafrechts[109]):

a) Keine Strafe ohne Schuld.

Dies folgt unmittelbar aus dem Wesen der Strafe, die eine Vergeltung wegen eines schuldhaften Verhaltens ist.

Erfordert wird daher zunächst ein schuldhafter Wille. Doch wird schuldhafter Wille nur insoweit bestraft, als er sich in einer Tat verkörpert hat. Eine Tat, die sich nicht auf einen schuldhaften Willen zurückführen läßt, kann keine Strafe nach sich ziehen, sondern höchstens sichernde Maßnahmen.

b) Wo die vom Gesetz verlangte Schuld, sei es nun Vorsatz oder Fahrlässigkeit, gegeben ist, da muß auch gestraft werden.

Denn wenn Vergeltung Zweck der Strafe ist, dann muß die Strafe immer eintreten, wo die Voraussetzungen für eine Vergeltung gegeben sind.

Dies bedeutet aber nicht etwa den Ausschluß der Begnadigung oder der Verjährung. Vielmehr will mit jenem Satze nur gesagt sein: Wenn sämtliche Voraussetzungen einer vom Gesetze mit Strafe bedrohten strafbaren Handlung vorliegen, so ist nach den maßgebenden Gesetzesstellen ein Vergeltungsbedürfnis zu bejahen, und die zur Anwendung des Gesetzes Berufenen sollen nicht mehr ihr richterliches Ermessen über den Gesetzeswillen stellen dürfen, sondern unbedingt auch Strafe verhängen müssen. Das Gesetz soll sich nicht hinter das ungeschriebene Richterermessen verkriechen. Dagegen kann das Gesetz noch erklären, daß ein Vergeltungsbedürfnis nach Ablauf längerer Zeit

---

wesentlichen Zweck der Strafe. Dagegen sagt Beling, Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, Leipzig 1908, S. 35: „Ein solcher Vergeltungszweck ist nicht anzuerkennen".

[108]) vgl. dazu einerseits Frank, Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe S. 8 und Köhler, Der Vergeltungsgedanke S. 132.

[109]) vgl. zum folgenden v. Liszt, v. Birkmeyer, Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe 1906 S. 9 und Beling a. a. O. S. 52 ff.

wieder erlischt (Verjährung) oder daß der Träger der Souveränität auf den ihm richterlicherseits zuzusprechenden Strafanspruch noch aus höheren Rücksichten für das Gesamtinteresse des Staates verzichten könne (Begnadigung). Ebensowenig steht die Ablehnung richterlicher Gnadenübung durch Absehen von Strafe dem Institut der Strafanrechnung entgegen. Und es ist endlich grundfalsch, wollte man aus dem Satze, daß bei Vorhandensein sämtlicher Delikts- und Strafbarkeitsmerkmale auch wirkliche Strafe eintreten soll, schließen, daß nach der Vergeltungsidee etwa alles Unrecht Strafe erheische. Nur das ist damit ausgedrückt, daß zweckmäßiger der Gesetzgeber über die Strafbedürftigkeit einer schuldhaften Handlung entscheiden soll unabhängig von den Anschauungen des Richters über diese Strafbedürftigkeit.

c) Die Strafe muß der im Verbrechen verkörperten Schuld proportional sein... Dies folgt wieder unmittelbar aus dem Vergeltungszweck.

Zum Wesen der Vergeltung gehört es, daß sie adäquate, gerechte Vergeltung ist; daraus folgt, daß auch die Strafe genau nach der Schwere der Tat sich richten muß: Bei Beurteilung der Schwere der Tat kommt es nicht nur auf den Erfolg, sondern auch auf den durch die Tat zum Ausdruck gebrachten bösen Willen an. Dies hat die Vergeltungstheorie nie verkannt. Sie hat eher die subjektive Seite des Verbrechens früher zu stark betont. Die gegenteilige Behauptung von Liszt, z. B. Aufsätze Bd. 2 S. 310, ist ohne jeglichen Anhaltspunkt.[110]) Die Bewertung hat zu erfolgen nach den im Volke herrschenden Werturteilen.

Betrachtet die klassische Schule die Vergeltung auch als notwendigen Zweck der Strafe, so sieht sie in derselben doch nicht den letzten Zweck der Strafe. Der letzte Zweck der Strafe ist Schutz der Rechtsordnung durch Bekämpfung des Verbrechens.[111]) Aber diese Bekämpfung des Verbrechens, soweit sie überhaupt durch Strafe und nicht durch sichernde Maßnahmen zu erreichen ist, glaubt die klassische Schule am besten durch Vergeltung zu erreichen, indem dadurch der Verbrecher innerhalb der Grenzen des durch die schuldhafte Tat Verdienten abgeschreckt, gebessert

---

[110]) vgl. dagegen Köhler, Vergeltungsgedanke S. 184.

[111]) v. Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 19; ferner derselbe, Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe S. 10.

oder unschädlich gemacht wird und die übrigen Volksgenossen in ihrem Rechtsgefühl bestärkt oder doch von der Begehung von Verbrechen abgeschreckt werden.

Weiter ist auch die klassische Schule der Ansicht, daß die Strafe, noch mehr als es bis jetzt der Fall ist, so ausgestaltet werden muß, daß auch die außer dem Wesen der Strafe gelegenen Zwecke, die Abschreckung, Besserung und Unschädlichmachung, nach Möglichkeit erreicht werden, soweit dies unbeschadet des Zweckes der Vergeltung geschehen kann.[112])

II. Moderne Schule, Charakterstrafe.

Wie bereits erwähnt, sind die Anhänger der modernen Schule[113]) darin einig, daß die Strafe ihrem Wesen nach Vergeltung ist. Die Vergeltung wird für diesen Satz aber meist ganz anders verstanden, nämlich als etwas rein Deskriptives.[114]) Doch ist die Vergeltung nach Ansicht der modernen Schule nicht auch Zweck der Strafe.

Die moderne Schule betrachtet vielmehr als Zweck der Strafe lediglich den Schutz der Gesellschaft. Diesen Zweck sucht sie nun aber nicht durch eine nach den Grundsätzen der Vergeltung bemessene Strafe zu erreichen, sondern durch eine Übelsauferlegung, welche möglichst der Verhinderung künftiger Verbrechenswiederholung durch den einzelnen Rechtsbrecher angepaßt ist. Dieser anzustrebende Schutz wird in verschiedener Weise erreicht, je nach der Eigenart des Verbrechers.

a) Bei den sogenannten Augenblicksverbrechern genügt es, durch die Zufügung des Strafübels für die Zukunft eine Hemmungsvorstellung gegen etwa wieder auftretende Verbrechensneigung zu schaffen.

b) Ist schon ein tieferer Hang zum Verbrechen vorhanden, so muß eine erziehende Behandlung eintreten. Man spricht hier vom Strafzwecke der Besserung.

---

[112]) s. Meyer-Allfeld a. a. O. S. 15; ferner Allfeld, Einfluß der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung S. 98.

[113]) vgl. zum folgenden v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 16. u. 17. Aufl. S. 66, dessen Darstellung hier zugrunde gelegt ist, sowie die kritische Zusammenfassung bei Allfeld, Einfluß der Gesinnung S. 16 u. 73.

[114]) vgl. z. B. Frank, Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe S. 6.

c) Endlich gibt es nach Auffassung der modernen Schule noch eine dritte Gruppe von Verbrechern, die sogenannten Unverbesserlichen. Diesen gegenüber kommt nur die „Unschädlichmachung" in Betracht.

Die Strafe richtet sich nach Auffassung der modernen Schule in erster Linie nach der Wirkung, die man mit ihr am Verbrecher erzielen will, nicht nach der begangenen Tat.

Die Strafe muß so eingerichtet sein, daß sie diese beabsichtigte Wirkung (Abschreckung, Besserung, Unschädlichmachung) erreicht. Die moderne Schule erblickt also den Zweck der Strafe hauptsächlich in der Spezialprävention, doch gibt sie zu,[115]) daß wenn auch die Strafe im Einzelfall möglichst den Bedürfnissen der Spezialprävention entsprechend einzurichten ist, doch „die allgemeine Anlage der Strafgesetzgebung bei Aufstellung der verbrecherischen Tatbestände wie bei der inhaltlichen Bestimmung der Strafe auch die über den Verbrecher hinausgreifenden Wirkungen der Strafdrohung und des Strafvollzugs (Generalprävention) nicht aus den Augen verlieren darf".

Damit scheint gesagt zu sein, daß mit Rücksicht auf die Generalprävention wenigstens teilweise neben dem Schutzzwecke auch dem Grundsatz der Vergeltung Rechnung getragen werden soll. Die grundsätzliche Durchführung der damit geschilderten Gesinnungs- oder Charakterstrafe würde, vorausgesetzt, daß sie möglich wäre, das Absehen von Strafe durch den Richter noch nicht zur Folge haben. Denn auch die Besserungsfähigen wären ja zunächst einer Besserungskur zu unterwerfen, die freilich sehr früh abbrechen kann. Und jedenfalls ist die neuerliche Berücksichtigung auch generalpräventiver Gesichtspunkte eigentlich auch für die sogen. Modernen ein Grund gegen das Absehen von Strafe.

Wenn diese trotzdem stark dazu neigen, das Absehen von Strafe durch den Richter zu begrüßen und zu befürworten, so erklärt sich das dadurch, daß die folgerichtige Durchführung ihrer Leitsätze unmöglich ist schon deswegen, weil es uns an praktisch klar zu handhabenden Begriffen fehlt, außerdem um deswillen, weil die Übertragung dieser Leitsätze auf die kleine Kriminalität für die Gesellschaft sofort als unerträglich sich erweisen würde; daher möchte man die kleine Kriminalität mit allerlei Vorwänden

---

[115]) v. Liszt a. a. O. S. 68.

aus dem Strafrecht entfernen, und da es an scharfen Begriffen fehlt, man sich auch scheut, Merkmale des Schuldstrafrechtes zu verwerten, greift man mit Freuden zu dem Ausweg des freiesten richterlichen Ermessens mit Einschluß des Absehens von Strafe für besonders leichte Fälle.[116])

III. Stellungnahme zu beiden Standpunkten.

1. Die klassische Schule sagt, daß Vergeltung das Wesen der Strafe ist; gleichzeitig will sie Vergeltung auch als Zweck durch die Strafe verfolgt wissen. — Es geht jedoch nicht an, daß sie die Vergeltung noch als Zweck der Strafe setzt. Sofern sie damit etwa bloß das ausdrücken will, was die Strafe eo ipso begriffsmäßig bewirkt, nämlich eine Übelsreaktion wegen des schuldhaften Unrechts, würde sie damit nichts anderes sagen, als daß die Strafe ihren Zweck in sich selbst trage, also daß die Strafe, die mit Vergeltung (in malam partem) identisch ist,[117]) Selbstzweck ist,[118]) mit anderen Worten, daß die Strafe überhaupt nicht der Zurückführung auf einen Zweck bedürfe.

Dies war der Standpunkt der absoluten idealistischen Vergeltungstheorie Kants und Hegels.[119])

Die klassische Schule der neueren Zeit will die Strafe keineswegs als Selbstzweck ansehen. Auch sie „verfolgt" letzten Endes mit der Strafe den Zweck, die Rechtsordnung durch Bekämpfung des Verbrechens zu schützen,[120]) nur glaubt sie diesen Schutzzweck, soweit es überhaupt durch Strafe und nicht durch sichernde Maßnahmen zu erzielen ist, am besten dadurch zu erreichen, daß sie nach den Grundsätzen der gerechten Vergeltung bestraft. — Schutz

---

[116]) vgl. z. B. v. Liszt in Aschrott, v. Liszt, Reform des StGB. Bd. 1 S. 383; dagegen aber insbes. Nagler, Verbrechensprophylaxe und Strafrecht S. 191 und 210 N. 2.

[117]) v. Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 10. Die Vergeltung als Zweck der Strafe ist jedoch haltbar, wenn sie ausdrücken soll, daß die Strafe ganz (und nicht bloß teilweise oder bloß äußerlich) nach den Grenzen ausgemessen werden soll, die durch das Bedürfnis nach Ausgleichung einer vergangenen schuldhaften Tat gesteckt sind.

[118]) Beling a. a. O. S. 36.

[119]) Beling a. a. O. S. 29 u. 30.

[120]) s. Meyer u. Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 12 u. 13; v. Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen S. 19; Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe S. 10.

der Gesellschaft ist, wie oben dargelegt wurde, auch nach Ansicht der modernen Schule der Zweck der Strafe. Ja, diese Schule legt sogar ein besonderes Gewicht auf den Schutzzweck der Strafe, er ist ihr ein motivierender Zweck des Strafens; aber er darf die Strafe nicht so überwuchern, daß darüber die wesentlichen Merkmale des Mittels „Strafe" selbst verloren gehen. Dagegen glaubt die moderne Schule den Schutzzweck nicht dadurch in der Strafe am besten zu verwirklichen, daß sie die Strafe nach der Schwere der begangenen Tat einrichtet, sondern dadurch, daß sie die Strafe nach der Gefährlichkeit des Verbrechers für die Zukunft bemißt. Dies ist auch so ausgedrückt worden: Der Verbrecher wird nicht bestraft für das, was er getan hat, sondern für das, was er ist.[121])

Daß eine nach solchen Kriterien eingerichtete „Strafe" nicht immer den Grundsätzen der Vergeltung entspricht, ist klar, denn die Vergeltung verlangt notwendig die Zurückbeziehung und Inverhältnissetzung zu einer begangenen Tat. Eine Vergeltung lediglich für das, „was einer ist", widerspricht der Bedeutung, die mit dem Worte Vergeltung verbunden zu werden pflegt. Damit ist gleichzeitig gesagt, daß die „Maßnahmen", die nach Auffassung der modernen Schule gegenüber dem Verbrecher nach dem Maße seiner sozialen Gefährlichkeit getroffen werden müssen, nicht Strafen im technischen Sinne sind und zur Verhütung von Begriffsverwirrung auch nicht so genannt werden sollten, da die Strafe, wie ja auch die moderne Schule zugibt, dem Oberbegriff der Vergeltung unterfällt.

Weiter aber ist klar, daß der Gegensatz zwischen beiden Schulrichtungen nicht in der Gegenüberstellung von Vergeltungs- und Schutzstrafe[122]) besteht. Der Gegensatz zwischen beiden Schulen — und es besteht ein prinzipieller Gegensatz zwischen beiden — liegt überhaupt zum Teil außerhalb der Grenzen des Strafrechts. Wie wir gesehen haben, geben beide Richtungen als einen Zweck der Strafe den Schutz der Gesellschaft an.

Dient aber die Strafe dem Schutz der Gesellschaft, so ist sie zunächst denkbarerweise insoweit verhängbar, als dies der

---

[121]) vgl. dazu die Belege bei v. Birkmeyer, Studien zum Hauptgrundsatz der modernen Richtung S. 188 f.

[122]) Sehr zutreffend begründet Beling a. a. O. S. 3 die Unhaltbarkeit der Gegenüberstellung von „Vergeltungs-" und „Schutzstrafe" damit, daß diese beiden Bezeichnungen auf verschiedenen Einteilungsprinzipien beruhen.

Schutz der Gesellschaft erfordert. Ist sie aber ferner zugleich Vergeltung, so kann dem Schutzzweck durch die Strafe nur insoweit gedient werden, als dies mit dem Wesen der Vergeltung nicht in Widerspruch steht. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen aber muß sie auch verhängt werden.

Damit ist schon angedeutet, daß nicht alle Maßnahmen, die um die Gesellschaft durch Bekämpfung des Verbrechens zu schützen, ergriffen werden können, als Strafen behandelt werden dürfen. Strafe sind diese Maßnahmen nur insoweit, als sie Vergeltung für ein begangenes Verbrechen sind, — dies gibt ja auch die moderne Schule mit einigem Schwanken[123]) zu.

Hält man nun an diesen beiden Tatsachen, einmal, daß das Wesen der Strafe Vergeltung ist, und andererseits, daß der Zweck der Strafe Schutz der Gesellschaft ist, fest, so ergibt sich folgende im Streite der beiden Richtungen praktisch wichtige Frage: inwieweit kann die Strafe dem Schutzzwecke im einzelnen dienstbar gemacht werden?

Diese Frage läßt sich in folgende Unterfragen zerlegen:

1. Darf die obere Grenze des über einen Verbrecher zu verhängenden „Strafübels", wenn der Schutz der Gesellschaft es erfordert, das einer gerechten Vergeltung entsprechende Maß überschreiten?

Diese Frage muß ohne weiteres verneint werden. Ein Übel, welches das nach den Grundsätzen der gerechten Vergeltung zulässige Maß überschreiten würde, wäre nicht mehr Strafe. Auch die moderne Schule muß dies zugeben, wofern sie nur konsequent ist, denn auch für sie ist das Wesen der Strafe Vergeltung. Falls die nach den Grundsätzen der gerechten Vergeltung bemessene Strafe nicht ausreicht, um die Gesellschaft für die Zukunft vor dem abzuurteilenden Verbrecher zu schützen, dann mag man noch andere Maßnahmen gegen ihn ergreifen,[124]) sofern sie ein überragendes gesellschaftliches Bedürfnis darstellen. Man mag ihn durch lebenslängliche Internierung unschädlich machen oder ins Arbeitshaus schicken, um ihn an eine geregelte Tätigkeit zu gewöhnen; aber solche Mittel, die gegen den Verbrecher zum Schutze der Gesellschaft ergriffen werden, verdienen nicht mehr

---

[123]) Beispiele dafür bei v. Birkmeyer, Was läßt v. Liszt usw. S. 13 f.
[124]) Beling a. a. O. S. 126.

den Namen Strafe, denn wenn diese Maßnahmen auch von dem Verbrecher als Übel empfunden werden, so ist doch das Übel in diesem Falle nicht als solches gewollt.

2. Muß in allen Fällen, auch wenn der Persönlichkeit des Täters nach, insbesondere in Hinsicht auf von ihm für die Zukunft drohende Gefahr, eine niedrige Strafe die Gesellschaft gegen eine fernere Gefährdung durch den gleichen Täter schützen würde, eine so hohe Strafe verhängt werden, als es den Grundsätzen einer gerechten Vergeltung entspricht? Oder kann

a) eine niedrigere Strafe verhängt werden, als es den Grundsätzen der gerechten Vergeltung entspricht?

b) kann die an sich der gerechten Vergeltung entsprechende Strafe ganz oder teilweise durch sichernde Maßnahmen, worunter auch die erziehlichen Maßnahmen mit verstanden werden sollen, ersetzt werden?

c) kann von einer Strafe überhaupt abgesehen werden auch ohne Ersatz derselben durch sichernde Maßnahmen.

Die Beantwortung dieser letzten Frage ist weniger einfach und kann nicht unmittelbar aus dem Vergeltungsbegriff, wohl aber aus dem Vergeltungsprinzip abgeleitet werden.[125])

Zunächst muß festgestellt werden, daß nach heutiger Auffassung die Verwirklichung der Gerechtigkeit im Sinne einer apodiktisch eintretenden Ausgleichung nicht als kategorische Staatsaufgabe zu betrachten ist. Für die Beantwortung der Frage können nur Nützlichkeitserwägungen maßgebend sein,[126]) d. h. die Bejahung der Frage hängt davon ab, ob es das Staatswohl fördert, daß der Staat gegenüber den Verbrechern ausnahmslos Vergeltung übt; auch wenn es vom Standpunkt der Spezialprävention aus nicht notwendig wäre.

Keinem Zweifel unterliegt, daß der Staat einem Bedürfnis der breiten Massen des Volkes entgegenkommt, wenn er für begangene Verbrechen Vergeltung durch Strafe übt. Es ist eine feststehende Erfahrungstatsache, daß der normal empfindende

---

[125]) Daraus, daß das Wesen der Strafe Vergeltung ist, folgt unbedingt nur, daß unter dem Namen der Strafe kein größeres Übel über den Verbrecher verhängt werden darf, als es einer gerechten Vergeltung entspricht, nicht aber folgt daraus ebenso unbedingt, daß kein geringeres Übel verhängt werden darf, als es die der Tat adäquate Vergeltung verlangt.

[126]) s. Beling a. a. O. S. 35 und Schmidt a. a. O. S. 52.

Mensch ein Gefühl der Befriedigung empfindet, wenn er sieht, daß Vergeltung stattfindet, dagegen ein Mißbehagen verspürt, wenn die erwartete Vergeltung ausbleibt.[127])[128])

Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob dieser nachgewiesenermaßen allgemein verbreitete Trieb auch immer berechtigt ist, oder ob die Ethik dem Menschen gebietet, der auf Vergeltung hindrängenden Anwandlungen Herr zu werden.[129]) So gestellt, ist die Frage eine metaphysische und muß daher wie alle metaphysischen Fragen ausscheiden. Dagegen ist der wissenschaftlichen Untersuchung zugänglich, ob nach der tatsächlich im Volk lebenden Anschauung der „Genugtuungstrieb" als sittlich empfunden wird. Dies ist für die große Mehrzahl der Volksgenossen, hoch und niedrig, mit absoluter Bestimmtheit zu bejahen.[130]) Jedoch auch der Umstand, daß das Eintreten von Vergeltung (in malam partem) einem allgemein vorhandenen und auch allgemein als sittlich berechtigt empfundenen Vergeltungsbedürfnis der großen Mehrheit des Volkes entspricht, ist kein genügender Grund dafür, daß der Staat nun die Vergeltung durch seine Gesetzgebung selbst in die Hand nimmt.[131]) Hermann Seuffert dürfte wohl recht haben, wenn er nur dasjenige als Ziel der Staatstätigkeit bezeichnet, was nach der Erfahrung zu den Existenz- und Entwicklungsbedingungen der Individuen oder des Staatsganzen gehört und nicht ohne die machtvolle Tätigkeit des Staates erreicht werden kann.[132]) Diese seine eigenen Existenzbedingungen fördert nun aber der Staat, wenn er Vergeltung durch Strafe übt.

---

[127]) s. Beling a. a. O. S. 18.

[128]) Wichtiger noch ist das Bedürfnis, andere vor Nachahmung des Verbrechens zu warnen, indem man ihnen anzeigt, daß das Verbrechen nachteilige Rechtsgenugtuungsfolgen hat. Davon unten.

[129]) s. Beling a. a. O. S. 18/19.

[130]) s. Beling a. a. O. S. 20 und die dortigen Zitate; vgl. auch Lipps, Vergeltungstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe S. 59, wo er den Vergeltungsgedanken als einen doppelten „Selbstbetrug" verwirft; vgl. ferner die Kritik dieser Anschauung Lipps' bei Beling a. a. O. S. 15ff.

[131]) Beling a. a. O. S. 35.

[132]) Hermann Seuffert, Was will, was wirkt, was soll die staatliche Strafe? Bonn 1897, S. 22. Er zieht aus dieser Auffassung von der Aufgabe des Staates den Schluß, daß die Übung von Vergeltung nicht zu den Aufgaben des Staates gehöre. Unseres Erachtens zu Unrecht, wie wir im folgenden darzustellen hoffen.

Die Strafe übt nicht nur auf den eine Wirkung aus, an dem sie selbst vollzogen wird, sondern auch auf die übrigen Volksgenossen.

a) Schon der Umstand, daß die Handlung mit Strafe bedroht ist, wird für den feiner empfindenden Teil der Bevölkerung ein hinreichender Grund sein, diese Handlung nicht zu begehen, zu vermeiden,[133]) ohne daß dabei das Motiv der Furcht mitzuspielen braucht.

Diese Wirkung der Kriminalisierung einer Handlung auf die Rechtsgenossen wird natürlich eine stärkere sein, wenn die Strafe für die Handlung ausnahmslos angedroht ist, als wenn die Verhängung der Strafe erst davon abhängig sein soll, ob nach der Persönlichkeit des Täters die Strafe zur Sicherung der Gesellschaft gegen eine Wiederholung der strafbaren Handlung erforderlich ist.

b) Bei vielen Menschen reicht die Mißbilligung, die eine Handlung durch ihre Kriminalisierung erfährt, nicht aus, um sie von der Begehung dieser Handlung abzuhalten. Doch bringt die Furcht vor der zu erwartenden Strafe bei ihnen diese Wirkung hervor.

Es bedarf keines weiteren Beweises, daß die Furcht und infolgedessen auch die Abhaltung von Verbrechen eine stärkere ist, wenn die Strafe unter allen Umständen nach der Schwere der Tat zu erwarten steht, als wenn sie nur nach Gesichtspunkten der Prävention verhängt wird, aber je nach dem Zeitpunkt der Erreichung dieses Zieles früher aufhört oder gar wegfällt.

Die unter a) und b) bezeichneten Wirkungen faßt man gewöhnlich unter dem Ausdruck Generalprävention zusammen. Daß man die Generalprävention nach Möglichkeit durch die Strafe bezwecken muß, ist klar, da durch erfolgreiche Generalprävention die Rechtsordnung in hervorragendem Maße geschützt wird. Die generalprävenierende Wirkung der Strafe aber wird am besten erreicht, wenn die Strafe nach der Vergeltungsidee eingerichtet wird.[134])

---

[133]) s. Lamasch, Über Zwecke und Mittel der Strafe, in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. Bd. 9 S. 425; ferner Seuffert a. a. O. S. 20.

[134]) v. Liszt a. a. O. S. 83 meint, daß sich heute der Streit der Strafrechtstheorien überhaupt nur mehr um den Gegensatz von General- und Spezialprävention handelt. Auch Rich. Schmidt findet den Gegensatz zwischen den beiden Richtungen in der Gegenüberstellung von General- und

c) Über die Generalprävention hinausgehend wird durch eine nach der Vergeltungsidee eingerichtete Strafe auch noch eine Stärkung der Staatsautorität erreicht.[135]) Beling hat unseres Erachtens recht, wenn er die Wahrung der Staatsautorität als einen besonderen durch die Vergeltung anzustrebenden Zweck neben die Generalprävention stellt.[136])

Schon die Tatsache, daß gegen ein staatliches Gebot — hier speziell gegen ein Strafgesetz — verstoßen worden ist, muß unter Umständen den Staat zur Ahndung dieses Ungehorsams veranlassen, selbst dann, wenn weder im Interesse der Abhaltung des einzelnen Verbrechers noch der anderen Volksgenossen von Verbrechen eine Einschreitung geboten wäre.

Dadurch daß der Staat sein Gebot nicht ungestraft mißachten läßt, erhöht er seine Autorität und den Gehorsam für seine Gebote. Beling meint allerdings, daß unter Umständen der Staat ohne Einbuße seiner Autorität auf die Vergeltung verzichten könne, und zwar könne er es um so eher, je fester seine Autorität ohnehin schon begründet sei.[137])

Er nimmt weiter an, daß unter Umständen die Vergeltung nur auf Kosten anderer Interessen, z. B. Erzielung einer schädlichen Wirkung auf den Täter durch den Strafvollzug, geübt werde. In diesem Falle müsse eine Abwägung der Interessen stattfinden; und wenn das Autoritätsinteresse das untergeordnete sei, dann müsse die Vergeltung ausgeschaltet werden.

Hierin können wir Beling nicht beistimmen. Beling hätte für sein Beispiel beweisen müssen, daß es strafwürdige und mit Strafe bedrohte Handlungen gibt, bei deren wirklicher Bestrafung unbedingt der Täter ungünstig beeinflußt wird, weil es ein für ihn passendes Übel, eine Strafe, überhaupt nicht gibt, und außer-

---

Spezialprävention; vgl. sein Buch Die Aufgaben der Strafrechtspflege, Leipzig 1895. Allein demgegenüber ist zu beachten, daß die Vergeltung der Generalprävention eine Grenze setzt und außerdem ebenso spezialpräventive Gesichtspunkte berücksichtigt, beide aber nur insoweit, als sie in dem Unwert der vergangenen Tat stecken, welche auszugleichen ist.

[135]) Beling a. a. O. S. 45.

[136]) Daß die Strafe außerdem auch günstige spezialpräventive Nebenwirkungen auslöst, vgl. Nagler, Verbrechensprophylaxe und Strafrecht S. 168; Köhler, Vergeltungsgedanke S. 143.

[137]) Beling a. a. O. S. 47.

dem, daß die Bestrafung generalpräventiv schädlich wirken kann, auch wenn sie dem Vergeltungsbedürfnis entspricht.

Dazu kommt ein Weiteres: Das, wodurch der Staat sich Autorität verschafft, ist nicht allein die Macht, die er dadurch zeigt, daß er seinen Willen ausnahmslos durchsetzt. Wenn es darauf allein ankäme, dann könnte der Staat allerdings in manchen Fällen auf Vergeltung verzichten.

Es spielt hierbei noch ein ethischer Faktor eine Rolle.

Mehr noch als durch den Beweis von Macht kann man sich durch die Übung von Gerechtigkeit Autorität verschaffen. Durch Macht kann man sich zwar Gehorsam verschaffen, aber derselbe wird doch nur zu oft widerwillig geleistet. Der bloße Beweis von Macht schafft leicht Opposition.

Wer sich aber von der Gerechtigkeit leiten läßt, der wird sich dadurch Achtung und Sympathie verschaffen; ein für die Gewinnung von Autorität weit wichtigerer Faktor als die Furcht.

Daraus ergibt sich, daß der Staat die Strafe nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit einrichten muß.

Die Gerechtigkeit nun verlangt, daß die Strafe der Schwere der Tat entspreche. Die Schwere der Tat wird nicht allein bestimmt durch den schädlichen Erfolg, sondern auch durch die in eine Tat umgesetzte böse Gesinnung (nicht durch die gelegentlich einer Tat bloß vorhandene, aber nicht bestätigte Gesinnung).

Das Volk wird, wenn es sich sein Urteil darüber bildet, ob die Strafrechtspflege des Staates eine gerechte ist, nicht allein, vielleicht nicht einmal unmittelbar auf das Verhältnis der erkannten Strafe zu der Schwere der Tat achten.

Es wird vielmehr darauf Gewicht gelegt, daß diejenigen, welche sich in gleicher Weise verfehlt haben, auch die gleiche Strafe erleiden. Ist dies der Fall, dann hält sie die Strafrechtspflege für gerecht, im anderen Fall für ungerecht. Dabei vergleicht das Volk nicht diejenigen Verbrecher miteinander, die nach ihrer Gesinnung gleichgefährliche Individuen sind, sondern diejenigen, welche die gleichen Straftaten mit annähernd gleicher Schuld begangen haben. Daraus aber ergibt sich auf indirektem Wege, daß Strafen nach der Schwere der Tat abgestuft werden müssen, wenn sie vom Volke als gerecht empfunden werden sollen. Eine unmittelbare Folge hiervon aber ist es, daß der Staat nicht auf die Durchführung der Vergeltung verzichten darf, auch wenn dies vielleicht mit Rück-

sicht auf persönliche Verhältnisse des Täters wünschenswert wäre. Es darf also nicht mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Verbrechers eine geringere Strafe verhängt werden, als die adäquate Vergeltung es erfordert. Noch weniger aber kann die Bestrafung überhaupt unterbleiben. Auch ein Ersatz der Strafe durch sichernde Maßnahmen ist nicht gutzuheißen. Denn wie insbesondere Birkmeyer[138]) nachgewiesen hat, sind sie nach Inhalt, Umfang und Voraussetzungen von den Strafen grundverschieden und daher außerstande, die gesellschaftlichen Bedürfnisse zu befriedigen, welchen die vergeltende Strafe gerecht wird.

Präventivübel sind, auch wenn sie den Grad der Vergeltung erreichen, doch nicht geeignet, in gleicher Weise wie die Strafe Generalprävention und Stärkung der Staatsautorität zu bewirken.[139])

Auf Grund des Vorhergehenden können wir unseren Standpunkt über Wesen und Zweck der Strafe folgendermaßen zusammenfassen:

1. Das Wesen der Strafe ist Vergeltung. Solche Maßnahmen gegenüber dem Verbrecher, die nicht Vergeltung sind, fallen nicht unter den Begriff Strafe.

2. Zweck der Strafe ist Schutz der Gesellschaft, soweit er durch das Mittel der Vergeltung erreichbar ist.

3. Diesen Zweck erfüllt die Strafe dem Verbrecher gegenüber dadurch, daß sie diesen abschreckt, bessert oder auch unschädlich macht; den übrigen Volksgenossen gegenüber durch die Generalprävention und durch Stärkung seiner Autorität.

4. Soweit es unter Wahrung des Wesens der Strafe als Vergeltung und weiter unter Wahrung des Erfordernisses der gerechten Vergeltung möglich ist, soll die Strafe so eingerichtet werden, daß sie außer dem Zwecke der Generalprävention auch die Zwecke der Spezialprävention (Abschreckung, Besserung, Unschädlichmachung) nach Möglichkeit erreicht.

5. Außer der Strafe sind gegenüber manchen Verbrechen sichernde Maßnahmen erforderlich. Soweit möglich, können die sichernden Maßnahmen mit dem Vollzug der Strafe verbunden werden.

6. Ein Ersatz der Strafe durch sichernde Maßnahmen ist jedoch nicht zuzulassen.

---

[138]) v. Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen 1906 S. 16, Beitr. zur Kritik Bd. 2 S. 14 f.

[139]) s. Beling a. a. O. S. 116, 117 u. 124.

IV. Ergebnis.

Beurteilen wir nach diesen Gesichtspunkten die Einrichtung des Absehens von Strafe, dann ist sofort klar, daß diese Einrichtung nicht gutzuheißen ist.

Zunächst bedeutet das Absehen von Strafe einen Verzicht auf die Wirkung der Spezialprävention. Allerdings setzt der Vorentwurf vermutlich voraus, daß von der Befugnis, von Strafe abzusehen, nur dann Gebrauch gemacht werden soll, wenn von dem Täter auch ohne Verhängung einer Strafe künftiges Wohlverhalten zu erwarten ist.

Aber ob dies tatsächlich der Fall ist, wird sich schwerlich zuverlässig vorhersagen lassen.[140])

Die Gefahr der Simulation der Angeklagten ist hier sehr groß. So kann es leicht sein, daß auch bei solchen Individuen, wenn sie einen günstigen persönlichen Eindruck von sich hervorzurufen verstehen, von Strafe abgesehen wird, bei denen im Interesse der Spezialprävention eine Bestrafung sehr geboten wäre.[141])

Vor allem aber widerspricht die Einrichtung des Absehens von Strafe der Gerechtigkeit. Denn nach dieser Einrichtung soll, obwohl die Voraussetzungen für eine Vergeltung gegeben sind, jede Vergeltung unterbleiben.

Es widerstrebt jedoch dem Interesse der Generalprävention und Wahrung der Staatsautorität, wie oben gezeigt wurde, wenn der Staat bei Ausübung der Strafrechtspflege sich in Widerspruch zu den Forderungen der Gerechtigkeit setzt. Ob nicht das Unterbleiben einer Ahndung außerdem für die Erhaltung der zu schützenden Rechtsgüter und für die gesetzestreue Gesinnung der Verletzten ungünstig wirken kann, soll hier nicht weiter untersucht werden.

Der Vorentwurf hat nun allerdings solche Fälle im Auge, bei denen die ordentliche Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte ent-

---

[140]) Dieses Bedenken übersehen die Erläuterungen zum Vorentw. eines österr. StGB. S. 98, wenn sie das Absehen von Strafe bei Jugendlichen dann begutachten: „wenn der Richter annehmen kann, es genüge schon die Ermahnung zum Wohlverhalten für die Zukunft". Dazu kommt, daß bei der diesbezüglichen Vorschrift des § 47 österr. VE. die Strafe einseitig nur in den Dienst der Spezialprävention gestellt wird.

[141]) Darüber, daß das Absehen von Strafe auch dem Zwecke der Generalprävention zuwiderläuft, vgl. die zutreffenden Bemerkungen bei v. Birkmeyer, Das Absehen von Strafe S. 24.

halten würde. Es muß jedoch bezweifelt werden, ob man überhaupt solche Fälle annehmen kann, außer wenn man das Erfordernis einer Schuld zu leicht nimmt, oder wenn man das ungleich zu handhabende ethische Gefühl der Richter mit seiner Unbestimmtheit für eine empfehlenswerte Gesetzeskorrektur hält. Wenn die ordentliche Strafe, die das Gesetz vorsieht, für manche Fälle zu hart war, dann wird eben die Strafandrohung unbillig sein. Man muß dann die Strafart oder die Strafdauer ändern, so daß das Gesetz für alle im Bereich vernünftiger Erfahrung liegenden Fälle paßt. Alle atypischen Fälle im Strafrahmen zu berücksichtigen, wäre ebenso fehlerhaft, wie sie dem Richter anheimzustellen. Hierfür bietet sich der Weg der Gnade. Läßt man die untere Strafgrenze wegen atypischer Fälle auf der Erde schleifen, so wird sich die Praxis verführen lassen, niedrigste Strafen auch für typische Fälle zu verhängen, weil ja die Grenzen zwischen typischen und ungewöhnlich milden Fällen lediglich nach dem subjektiven ethischen Standpunkt des Richters abgesteckt werden würden. Gehört aber bereits zu den Fällen, mit welchen vernünftige Erfahrung und Wahrscheinlichkeit zu rechnen hat (also zu den typischen Fällen eines Delikts), eine besonders leichte Verschuldung mit, so mag man sich mit dem autoritativen und motivierten Ausspruch der staatlichen Mißbilligung, das ist mit der Strafe des Verweises, begnügen. Er ist sicher nicht eine so harte Strafe, daß man daneben noch generell des Instituts des Absehens von der Strafe bedürfte.

Fünftes Kapitel.

Einzelne Fälle.

In den vorigen Paragraphen wurde die Zweckmäßigkeit der Einrichtung des Absehens von Strafe im allgemeinen beurteilt. Im folgenden soll die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit dieser Einrichtung in den einzelnen Fällen untersucht werden, in welchen sie hauptsächlich der Vorentwurf und das japanische Strafgesetzbuch aufgenommen haben.[142])

§ 8.

Allgemeiner Teil.

I. Der Versuch.

Das japanische Strafgetzbuch (§ 43) hat bestimmt, daß der Versuch in der Regel ebenso wie das vollendete Verbrechen zu bestrafen ist und nur ausnahmsweise die Strafe gemildert werden kann.

Im Falle freiwilligen Rücktritts nimmt das japanische Strafgesetzbuch noch einen strafbaren Versuch an, schreibt aber Milderung oder Erlaß der Strafe vor.

Der Vorentwurf zum deutschen Strafgesetzbuch dagegen bestraft prinzipiell den Versuch leichter als vollendete Verbrechen und läßt in besonders leichten Fällen Absehen von Strafe zu. Im Falle des sogen. Rücktritts (§ 77) bleibt der Versuch durchweg straflos.

Über die Strafbarkeit des sogen. untauglichen Versuches enthält weder das japanische Strafgesetzbuch noch der Vorentwurf eine Bestimmung.

---

[142]) Im Anschlusse hieran sollen auch die Entwürfe zu einem schweizerischen und österreichischen Strafgesetzbuch berücksichtigt werden.

Der Versuch im strafrechtlichen Sinne erfordert nach der Begründung des Vorentwurfes[143]) „den Vorsatz, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, und die Betätigung dieses Vorsatzes durch äußere, auf die Verwirklichung des Verbrechens- oder Vergehenstatbestandes gerichtete Handlungen".

Während aber die Anhänger der subjektiven Theorie auch solche Handlungen, die absolut untauglich sind, den beabsichtigten Erfolg herbeizuführen, als Versuch gelten lassen, wofern nur der Täter — freilich irrtümlicherweise — sie für geeignet hielt und wofern sie nicht bloße Vorbereitungshandlungen sind,[144]) nehmen die Anhänger der objektiven Theorie im Fall der absoluten Untauglichkeit der Handlung keinen Versuch an.

Die subjektive Theorie hält demnach hauptsächlich den Willen für ausschlaggebend; die objektive Theorie fordert außerdem noch die objektive Gefährlichkeit der Handlung.

Der Gegensatz beider Theorien ist von hervorragender praktischer Bedeutung.

Vom Standpunkt der subjektiven Theorie aus muß man auch den sogenannten Versuch mit absolut untauglichen Mitteln und den Versuch am untauglichen Objekt als strafbaren Versuch anerkennen. Die objektive Theorie dagegen betrachtet den Versuch mit absolut untauglichen Mitteln und den Versuch am untauglichen Objekt nicht als strafbaren Versuch.

Das japanische Strafgesetzbuch folgt der objektiven Theorie.[145]) Es nimmt daher keine strafbare Handlung an in allen Fällen, wo es am Tatbestand fehlt, wenn auch der Täter seinen Willen auf die Begehung des Deliktes gerichtet hatte.

Das geltende deutsche Strafgesetzbuch überläßt die Lösung der Streitfrage der Wissenschaft und der Rechtsprechung. Während die Wissenschaft zwischen objektiver und subjektiver Theorie schwankt, überwiegend aber zur objektiven Theorie neigt,[146]) hat die Praxis sich völlig für die subjektive Theorie entschieden.[147])

Was den deutschen Vorentwurf anlangt, so sagt die Be-

---

[143]) Begründung des Vorentw. zu einem deutschen StGB. S. 281.

[144]) Diesen Vorbehalt macht auch der österr. Vorentw., obwohl er auf dem subjektiven Standpunkt stehen will, vgl. dessen Begr. S. 42.

[145]) Motoni, Lehrbuch des japanischen Strafrechts S. 301.

[146]) vgl. Frank, Komm. § 43 Bd. 3 und Vergl. Darst. A. Bd. 5 S. 249 f.

[147]) s. Begr. S. 288.

gründung auf S. 289, daß er sich grundsätzlich zu der konsequenteren subjektiven Theorie bekennt. Im Text des Gesetzes hat allerdings dieser Standpunkt, wie schon von verschiedenen Seiten beanstandet wurde,[148]) keinen bestimmten Ausdruck gefunden. § 75 a. a. O., der eine Definition des Versuchs enthält, lautet: „Wer die Ausführung eines Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens begonnen hat, ist, wenn dieses nicht vollendet worden ist, wegen Versuchs zu bestrafen".

Der Wortlaut dieses Paragraphen wird der objektiven Theorie ebenso gerecht wie der subjektiven.

Die Begründung S. 288 motiviert die Annahmen der subjektiven Theorie[149]) folgendermaßen:

Die Entscheidung der Streitfrage zwischen objektiver und subjektiver Theorie muß aus Gründen der praktischen Rechtspolitik getroffen werden, wobei Wert darauf zu legen ist, mit dem Rechtsempfinden der Bevölkerung in Übereinstimmung zu bleiben.

Von diesem Standpunkt aus ist nicht zu leugnen, daß die objektive Theorie Fälle straflos läßt, in denen nach dem Rechtsgefühl eine Bestrafung verdient und auch im Interesse der Prävention notwendig erscheint. Andererseits ist zugegeben, daß die subjektive Theorie wiederum Fälle trifft, in denen die Bevölkerung eine Strafe entweder überhaupt nicht oder doch nicht in dem Maße als verwirkt ansieht, wie sie das bisherige Recht androht. Die Vorschriften des Entwurfs über Bestrafung des Versuchs geben Gelegenheit, diesen Zwiespalt zu beseitigen, da sie nach § 76 Abs. 3 eine sehr weitgehende Milderung der Strafe und für besonders leichte Fälle sogar die Straflosigkeit zulassen.

Das japanische Strafgesetzbuch und der deutsche Vorentwurf gehen jedoch nicht allein hinsichtlich des Begriffes des Versuches

---

[148]) vgl. z. B. v. Birkmeyer, Beitr. z. Kritik des Vorentw. zu einem deutschen StGB., Leipzig 1910, Bd. 3 S. 53.

[149]) v. Birkmeyer, Beiträge Bd. 3 S. 55 u. 53, führt aus, da der VE. in Wahrheit nicht auf dem Boden der subjektiven Theorie stehe, müsse damit auch das Argument wegfallen, das aus der in vielen Fällen zu weitgehenden Strafbarkeit des untauglichen Versuchs von der Begr. zugunsten des Absehens geltend gemacht werde. Außerdem sei es bei dem subjektiven Standpunkte bedenklich, das Absehen von Strafe an besonders leichte Fälle zu knüpfen, da es verkehrt sei, damit auf einem Umwege doch auf die objektive Bedeutung der Tat Gewicht zu legen.

auseinander, sondern auch hinsichtlich der Grundsätze über die Bestrafung des Versuches.

Das japanische StGB. § 43 droht zunächst für den Versuch die gleiche Strafe an wie für das vollendete Delikt, ermächtigt jedoch den Richter, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern.

Schon aus dem Begriff des Versuches, den das japanische Strafgesetzbuch, wie dargelegt wurde, nach Grundsätzen der objektiven Theorie aufgestellt hat, folgt hier die Straflosigkeit des obengenannten untauglichen Versuches, d. h. desjenigen Versuches, bei dem überhaupt kein schädlicher Erfolg eintreten konnte.[150])

Der Vorentwurf stellt den Grundsatz auf, daß der Versuch milder zu bestrafen sei als das vollendete Delikt.

Bei dem Versuch von Straftaten, die mit dem Tode oder lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedroht sind, ist die zulässige Milderung nach unten hin fest begrenzt. In allen übrigen Fällen ist eine beliebige Strafmilderung zulässig; auch kann eine mildere Strafart als die für das vollendete Delikt angedrohte gewählt werden. In besonders leichten Fällen endlich kann überhaupt von Strafe abgesehen werden.

Stellungnahme.

Unseres Erachtens ist die Ansicht der Begründung vom Wesen des Versuchs und von der Stellung des Vorentwurfes selbst unrichtig.

Zum Begriff der Strafe gehört nach unserer Auffassung Vergeltung. Vergolten aber soll werden nicht der böse Wille an und für sich, sondern nur der böse Wille, soweit er sich in die böse Tat umgesetzt hat. Wenn daher durch eine Versuchshandlung auch nicht ein Teil der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale verwirklicht wurde, wenn also keine objektive Gefährdung eingetreten ist, fehlt es an jeder Voraussetzung für eine Vergeltung.

Aus diesem Grunde muß man den Begriff des strafbaren Versuches nach objektiven Gesichtspunkten bestimmen. Da der

---

[150]) s. Sammlung der Verhandlungen der beiden Kammern über den Entwurf für das japanische Strafgesetzbuch (1907) (keihokaiseiansingischü). S. 285 sagte: „Der untaugliche Versuch wird in dem Vorentw. des Strafgesetzbuches nicht zu bestrafen sein“ u. Motoni, Das japan. Strafgesetzbuch S. 301: „Nach richtiger Auslegung folgt das japanische Strafgesetzbuch der objektiven Theorie und fordert für den Versuch eine besondere Gefährlichkeit“.

Vorentwurf von einem die „Ausführung beginnen“ spricht und diese Wendung gar nichts Subjektives enthält, so dürfte die objektive Theorie auch der wahre Ausdruck des Gesetzeswillens sein.[151])

Die Bestrafung des Versuches soll nach unserer Meinung milder sein als die der vollendeten Tat. Wenn auch der Wille des Täters auf den nämlichen Erfolg gerichtet war wie beim vollendeten Delikt, so ist doch dieser Erfolg tatsächlich nicht eingetreten. Für die Höhe der Strafe ist neben dem verbrecherischen Willen eben auch die objektive Schwere der Tat ausschlaggebend, allerdings nicht im Sinne der Erfolgshaftung, aber in der Weise, daß bei geringerer Erschütterung der Außenwelt (es ist keine Verletzung des Angriffsobjektes eingetreten) von der außerdem verwirkten Strafe etwa abgelassen werden kann.[152])

Dagegen erscheint es unrichtig, beim Versuch von Strafe ganz abzusehen, da bei dem Versuch, wie wir ihn objektiv fassen, wenigstens ein Teil der Handlungen, die geeignet sind, den Erfolg des vollendeten Deliktes herbeizuführen, vorgenommen wurden und also bereits eine objektive Gefährdung von Rechtsgütern gegeben ist.[153])

Es sind sämtliche Merkmale genau verwirklicht, bei deren Vorliegen der Gesetzgeber das Vorhandensein einer strafwürdigen Handlung annimmt. Es erscheint alsdann verfehlt, wenn die Strafdrohung in Wahrheit nur teilweise ernst gemeint ist, indem der Gesetzgeber ihre Verwirklichung noch an das nicht ebenso fest umrissene richterliche Ermessen knüpft. Er sagt ja damit: Wenn ihr das und das unternehmt und dabei wirklich schuldhaft seid, habt ihr Strafe verdient, falls es dem Richter nicht etwa einfällt, das Verschulden nach einem nirgends kodifizierten Bewertungsmaßstab so niedrig zu finden, daß er zu einer abweichenden Entscheidung über die Strafbedürftigkeit kommt.

Wie aus der Begründung hervorgeht, läßt der Vorentwurf hauptsächlich deshalb ein Absehen von Strafe beim Versuch zu, weil

---

[151]) Beachtlicherweise deutet die Begründung z. österr. VE. zur Auslegung des deutschen StGB. an (S. 42), daß nach ihrer Auffassung der „Anfang der Ausführung“ der Ausdruck für eine objektive Theorie sei.

[152]) vgl. Köhler, Vergeltungsgedanke S. 233 f.

[153]) vgl. v. Birkmeyer, Beiträge Bd. 3 S. 56, der außerdem erwähnt, daß die Begr. des VE. das außerordentliche Strafmilderungsrecht des § 83 und damit die Möglichkeit, in besonders leichten Fällen auf Geldstrafe oder Verweis zu erkennen, geradezu überspringt.

bei Annahme der subjektiven Theorie Fälle von Versuchshandlungen vorkommen können, die von vornherein völlig ungefährlich erscheinen und den Rechtsfrieden weder des einzelnen noch der Gesamtheit irgendwie beeinträchtigen und in denen das allgemeine Rechtsgefühl eine Bestrafung für unangebracht hielte.[154])

Diese Gründe fallen für uns ohne weiteres weg, da wir die subjektive Theorie für den Begriff des Versuches ablehnen.

Rücktritt vom Versuch.

Dadurch daß der Täter freiwillig die Ausführung des bereits begonnenen Deliktes aufgibt oder den Eintritt des zur Vollendung gehörigen Erfolges abgewendet hat (Rücktritt vom Versuch), wird weder nach dem deutschen Vorentwurf noch nach dem japanischen Strafgesetzbuch das Vorliegen eines Versuches ausgeschlossen.

Doch ist die Behandlung dieses sogenannten Rücktritts vom Versuch in beiden Gesetzgebungen eine verschiedene. Das japanische Strafgesetzbuch bestimmt in § 43 Satz 2, daß die Strafe gemildert oder erlassen wird, wenn der Täter aus eigenem Willen die Ausführung aufgibt.

Der Vorentwurf bestimmt in § 77 in Übereinstimmung mit dem geltenden deutschen Strafrecht und dem Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch (§ 16), daß bei freiwilligem Rücktritt der Täter durchweg straflos bleibt.

Ich halte den Standpunkt des deutschen Vorentwurfs für richtig.

Weder im Interesse der Generalprävention noch im Interesse der Spezialprävention ist eine Bestrafung erforderlich. Denn der schädliche Erfolg ist nicht eingetreten. Auch ist nicht ohne weiteres zu besorgen, daß ein Täter, der freiwillig von der Ausführung des Verbrechens absteht oder selbst den Eintritt des Erfolges abgewendet hat, in Zukunft die Gesellschaft aufs neue durch strafbare Handlungen gefährdet. Somit entfiele auch für die Theorie einer Gefährlichkeitsstrafe der Anlaß, hier eine eventuelle Strafbarkeit zu fordern. Im Interesse der Strafrechtspolitik ist es außerdem in hohem Grade gelegen, bei freiwilligem Rücktritt von vornherein keine Strafe vorzusehen, um so dem Verbrecher einen starken Anreiz zum Rücktritt zu geben.

---

[154]) vgl. Begr. S. 288 unten und S. 297.

Ist bereits ein Erfolg eingetreten, der den Tatbestand eines anderen Deliktes erfüllt als den des aufgegebenen, dann hat natürlich wegen dieses Deliktes Bestrafung einzutreten.

II. Beihilfe.

Das japanische Strafgesetzbuch (§ 63) schreibt vor, daß die Strafe des Gehilfen im Verhältnis zur Strafe des Täters zu mildern ist.

Der deutsche Vorentwurf bestraft denjenigen, der dem Täter zu dem von ihm begangenen Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe (§ 79) leistet (Gehilfen), milder als den Täter und den Anstifter, indem er die Vorschriften über die Bestrafung des Versuches (§ 76) für anwendbar erklärt. Demgemäß kann der Richter, von den mit dem Tode und lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedrohten Verbrechen abgesehen, die Strafe beliebig mildern und in besonders leichten Fällen sogar von Strafe absehen.[155])

Es erscheint uns zwar richtig, die Beihilfe milder zu bestrafen als die Täterschaft. Der Gehilfe will nicht selbst die Tat; er wirkt nur an der Tat eines andern mit. Deshalb ist seine Schuld geringer als die des Täters. Es entspricht auch dem Rechtsempfinden des Volkes, daß der Gehilfe milder bestraft wird wie der Täter.[156])

Für unzulässig ist es jedoch zu erachten, den Richter zu ermächtigen, in besonders leichten Fällen der Beihilfe überhaupt von Strafe abzusehen. Die Beihilfe zu einer strafbaren Handlung ist immer eine Übertretung des im Strafgesetz zum Ausdruck kommenden Rechtswillens und auch eine Gefährdung der angegriffenen Rechtsgüter. Wer solche Beihilfe leistet, muß daher im Interesse der Generalprävention eine Strafe erleiden, die sich im Rahmen der Vergeltung zu bewegen hat, aber nie den völligen Nullpunkt erreichen wird.[157])

III. Rechtsirrtum.

Das japanische Strafgesetzbuch (§ 38 Abs. 3) hat bestimmt, daß die Unkenntnis des Gesetzes den Willen, ein Verbrechen zu

---

[155]) Manche Strafgesetzbücher, z. B. das französische und das norwegische, bestrafen die Beihilfe wie die Täterschaft; vgl. hierüber Begr. S. 301.

[156]) s. Begr. S. 308.

[157]) Gl. M. auch Birkmeyer, der angesichts der Bestimmungen in §§ 83 u. 76 jedes Bedürfnis nach völligem Absehen von Strafe bei Unterstützung von Verbrechen und Vergehen bestreitet.

begehen, nicht ausschließt, daß jedoch nach den Umständen des Falles die Strafe gemildert werden kann, während der Vorentwurf (§ 61) die Vorschriften über den Versuch (§ 76) für anwendbar erklärt.

Das japanische Strafgesetzbuch achtet den Irrtum über zivilrechtliche Verhältnisse, die zu den Tatbestandsmerkmalen gehören, dem Irrtum über Tatsachen gleich. Es trifft jedoch keine besondere Bestimmung darüber, da § 38 diesen Fall mitumfaßt.[158])

Der Vorentwurf hat den strafrechtlichen und nichtstrafrechtlichen Irrtum ausdrücklich unterschieden, weil er befürchtete, daß außerdem sich in der Praxis Schwierigkeiten ergeben würden.

Wenn man die verschiedene Behandlung dieser beiden Arten des Irrtums in das Ermessen des Richters stellt und es seiner freien Beurteilung überläßt, ob er die ordentliche oder eine gemilderte Strafe aussprechen oder überhaupt von Strafe absehen will, ist eine ungleichmäßige Anwendung der Strafe die Folge. Es kommt dann ganz auf die subjektive Überzeugung des Richters an, ob er bei Nichtkenntnis des rechtlichen Verbotenseins den Vorsatz für ungemindert vorhanden erachtet, oder ihn für abgeschwächt hält, oder sich einen deliktischen Vorsatz ohne Bewußtsein des rechtlichen Verbotenseins nicht denken kann. Je nach der Theorie der einzelnen Richter über das Wesen des Rechtsirrtums werden dann gleichartige Fälle verschieden behandelt. Das gleiche gilt dann für die Fahrlässigkeit. Wer eine Fahrlässigkeit konstruieren kann ohne gleichzeitige Schuld an der Unkenntnis des Verbotenseins, wer also meint, das Volk habe die Pflicht, die Rechtsgelehrsamkeit für alle Lebenslagen zu beherrschen, der nimmt Fahrlässigkeit des Täters ohne weiteres auch bei fehlendem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit an; wer sich dazu nicht verstehen will, braucht die fakultative Strafbarkeit nicht. Zu einem Schwanken von Fall zu Fall besteht kein begründeter Anlaß.[159])

IV. Geistige Mängel.

Das japanische Strafgesetzbuch (§ 39) nimmt zwei Grade geistiger Mängel an, Geistesstörung und Geistesschwäche. Bei

---

[158]) Motoni, Das japanische Strafgesetzbuch S. 258.

[159]) v. Birkmeyer, Beiträge S. 58, verweist noch auf einen gewissen Widerspruch der Begründung, welche einerseits den sogen. Strafrechtsirrtum für unentschuldbar erklärt, andererseits aber doch annimmt, es könnte leichte Fälle geben, wo eine Milderung bis zur Straflosigkeit veranlaßt ist.

Geistesstörung des Täters tritt völlige Straflosigkeit ein, bei Geistesschwäche Strafmilderung. Die Handlung eines Taubstummen bleibt entweder ganz straflos, oder es ist wenigstens die Strafe zu mildern.

Der Vorentwurf zum deutschen Strafgesetzbuch dagegen wendet auf Geistesschwache und Taubstumme die Vorschriften über Bestrafung des Versuches an (§ 63 Abs. 2) und behandelt die im Zustand selbstverschuldeter Trunkenheit begangene strafbare Handlung wie ein fahrlässiges Delikt (§ 64).

1. Verminderte Zurechnungsfähigkeit.

Wenn beide Strafgesetzbücher den Zustand der verminderten Zurechnungsfähigkeit anerkannt haben, dann sind sie, wie dies auch die Begründung zum deutschen Vorentwurf bemerkt, von folgenden Anschauungen ausgegangen: „Wie es zwischen der vollen körperlichen Gesundheit und der zur Auflösung führenden Krankheit zahlreiche Zwischenstufen gibt, welche die Funktion des Körpers in abnormer Weise stören oder herabsetzen, so gibt es auch zwischen der geistigen Gesundheit und der die Zurechnungsfähigkeit ganz ausschließenden Geisteskrankheit solche Zwischenstufen, in denen die die Zurechnungsfähigkeit bedingenden geistigen Fähigkeiten alteriert oder herabgesetzt sind".

Die Anerkennung dieses Zustandes im Strafgesetzbuch hat ihre Bedenken: es ist nämlich zu befürchten, daß völlig zurechnungsfähige Verbrecher dann die Geistesschwäche simulieren und so der gerechten Strafe entgehen. Andererseits kann dadurch auch der Zweck der Prävention vereitelt werden. Darüber, ob der Zustand der verminderten Zurechnungsfähigkeit im Sinne des Strafgesetzes gegeben ist, hat nicht der Richter, sondern der Psychiater zu entscheiden, weil es sich dabei um eine psychiatrische Frage handelt. Da bekanntlich viele Psychiater alle Verbrechen als geistige Krankheit ansehen, so ist zu besorgen, daß sie sich leicht für Vorliegen des Zustandes der Geistesschwäche entscheiden.[160]) Scharfe begriffliche Grenzen werden ihnen ja nicht gezogen.

---

[160]) v. Birkmeyer hat im 62. Jahrgang Nr. 524 der Münchener Neuesten Nachrichten gesagt: „Die Anerkennung der verminderten Zurechnungsfähigkeit liegt doch jedenfalls nicht im Interesse des Vergeltungsstrafrechts, weil sie den Psychiatern, den Gegnern jeder Vergeltung, einen gefährlichen Einfluß auf die Strafrechtspflege eröffnet".

Was das japanische Strafgesetzbuch anlangt, so muß es wundernehmen, daß dieses zwischen der Geisteskrankheit und der völligen Geistesgesundheit den Mittelzustand der Geistesschwäche anerkennt, während es zwischen Mündigkeit und Unmündigkeit einen solchen Mittelzustand nicht anerkennt. Wenn aber hinsichtlich der geistigen Entwicklung eine scharfe Grenzlinie zwischen Mündigkeit und Unmündigkeit sich ziehen läßt und man nicht der Mittelstraße der relativen Strafmündigkeit bedarf, braucht man auch bei der geistigen Gesundheit nicht zwischen absoluten und relativen Mängeln zu unterscheiden.

Ich halte aus den dargelegten Gründen die Beseitigung der Bestimmungen über die verminderte Zurechnungsfähigkeit für wünschenswert.

Falls man aber nicht ohne den zu unbestimmten Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit auskommen zu können glaubt, dann soll man nur eine Strafmilderung zulassen, wie das japanische Strafgesetzbuch es tut, nicht aber gänzliches Absehen von Strafe, wie der Vorentwurf es einführen will.[161]) Denn bei solchen Tätern, die als vermindert zurechnungsfähig im Sinne des § 63 Abs. 1 VE. in Frage kommen, liegt kein so gearteter geistiger Defekt vor, daß ihnen ihre Tat gar nicht zur Schuld zugerechnet werden kann. Kann ihnen aber die Tat, wenn auch in vermindertem Grade, zur Schuld zugerechnet werden, dann ist es weder notwendig noch zulässig, von Strafe abzusehen, sondern man kann höchstens die Strafe mildern.[162]) Daß daneben noch Sicherungsmaßregeln am Platze sein können, macht wegen der besonderen spezifischen Wirkungen der Strafe diese letztere Unrechtsfolge nicht überflüssig.

2. Taubstumme.

Wenn das japanische Strafgesetzbuch bezüglich der Taubstummen vorschreibt, daß dieselben nicht oder milder zu bestrafen sind, so geht es dabei von der Ansicht aus, der Taubstumme sei in seiner geistigen Entwicklung so zurückgeblieben, daß er den Geistesschwachen oder Geisteskranken hinsichtlich der Fähigkeit

---

[161]) s. VE. § 63 Abs. 2.

[162]) vgl. Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch § 14 und Vorentwurf zu einem österr. Strafgesetzbuch § 4; v. Birkmeyer, Beiträge Bd. 3 S. 61: „Ein gänzliches Absehen von der Strafe ist auch hier ebenso überflüssig wie prinzipwidrig".

zum schuldhaften Handeln gleichsteht. Dies wird wohl bei den von Geburt an Taubstummen meistens auch zutreffen. Doch hätte es hierfür keiner besonderen Bestimmung bedurft. Der § 39 reicht für die strafrechtliche Behandlung der Taubstummen vollständig aus.

Übrigens ist nicht zu übersehen, daß in neuerer Zeit einzelne von Geburt an Taubstumme durch Taubstummenunterricht eine nicht nur normale, sondern sogar eine hervorragende intellektuelle Entwicklung erreicht haben, so daß sie durchaus als vollwertige Individuen zu betrachten sind. Was endlich diejenigen Taubstummen anlangt, die es erst in späteren Lebensjahren werden, so sind sicher viele unter ihnen, wenigstens für die Mehrzahl der häufiger begangenen Delikte, voll zurechnungsfähig, so daß bei ihnen die Taubstummheit kein Grund für eine Strafmilderung sein kann.

Der Vorentwurf hat daher recht, wenn er keine besonderen Bestimmungen über die Taubstummen enthält. Es sind daher auch für den Taubstummen einfach die Vorschriften des § 63 VE. maßgebend. Ist die geistige Beschaffenheit des Taubstummen derart, daß die Voraussetzungen des § 63 Abs. 2 gegeben sind, dann ist nach dem Vorentwurf beim Taubstummen auch ein Absehen von Strafe zulässig.

Aus den gleichen Gründen wie beim Geistesschwachen erscheint auch beim Taubstummen ein Absehen von Strafe unrichtig. Entweder der Taubstumme ist ganz unzurechnungsfähig, dann muß er von Gesetzes wegen straflos bleiben, oder er ist nicht unzurechnungsfähig, dann besteht auch keine Notwendigkeit für ein Absehen von Strafe.

V. Jugendliche Verbrecher.

I. Das japanische Strafgesetzbuch hat das 14. Lebensjahr als Grenze zwischen der absoluten Strafunmündigkeit und absoluten Strafmündigkeit festgesetzt.

Der Vorentwurf kennt noch einen Mittelzustand zwischen der absoluten Strafunmündigkeit und der absoluten Strafmündigkeit, die sogen. relative Strafmündigkeit, welche vom vollendeten 14. bis zum vollendeten 18. Lebensjahre dauert. Von der relativen Strafmündigkeit des geltenden Strafgesetzbuches ist sie freilich grundverschieden. Über die Bestrafung des relativ strafmündigen Täters bestimmt § 69 VE., daß die Vorschriften über den Versuch (§ 76)

anzuwenden sind mit dem Abmaße, daß an Stelle von Zuchthausstrafe Gefängnisstrafe von gleicher Dauer tritt.

Auch der Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch will bei der Bestrafung Jugendlicher ein Absehen von Strafe zulassen, indem er in § 47 bestimmt: „Hat ein Jugendlicher aus Übermut, Unüberlegtheit oder einem ähnlichen Grunde, der nicht auf die verderbte Gesinnung hinweist, eine den Umständen nach geringfügige und mit einer drei Monate nicht übersteigenden Freiheitsstrafe oder 1000 Kronen nicht übersteigenden Geldstrafe bedrohte Tat begangen, so kann das Gericht nach Feststellung des Tatbestandes und der Verantwortlichkeit im Urteile davon absehen, eine Strafe zu verhängen, und den Täter nach ernster Ermahnung zum Wohlverhalten entlassen".

Es erhebt sich die Frage, warum das japanische Strafgesetzbuch einen solchen Mittelzustand nicht anerkennt.

Der Grund hierfür ist meines Erachtens einmal darin zu suchen, daß nach der Meinung des japanischen Strafgesetzbuches eine Person, welche das 14. Lebensjahr vollendet hat, bereits die erforderliche Einsicht hat, um beurteilen zu können, ob eine Handlung gut oder schlecht ist. Weiter dürfte maßgebend sein, daß bei der Weite der Strafrahmen auch ohne Einführung der Mittelstufe der relativen Strafmündigkeit eine hinreichende Berücksichtigung des jugendlichen Alters des Täters möglich ist.

Wenn der deutsche Vorentwurf einen Mittelzustand der relativen Strafmündigkeit anerkennt und für diesen Fall Verminderung oder Absehen von der Strafe vorschreibt, so sind für ihn folgende Gründe entscheidend:

a) Da ein Mensch unter 18 Jahren geistig noch nicht vollständig entwickelt ist und auch im gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben noch keine selbständige Stellung einnimmt, so muß zwischen ihm und selbständigen Personen ein Unterschied gemacht werden.[163])

b) „Die bloße Kenntnis des Unterschiedes zwischen Recht und Unrecht bildet noch keinen genügenden Maßstab für die strafrechtliche Verantwortlichkeit. Es kommt vielmehr auf die Gesamtentwicklung der Person, nicht bloß des Verstandes, sondern auch der sittlichen Begriffe und des Willens an".[164])

---

[163]) s. Begr. S. 257.

[164]) s. Begr. S. 257.

c) Insbesondere kann die Prüfung durch den Richter, ob der Jugendliche wirklich das Unterscheidungsvermögen hat, nicht immer eingehend genug vorgenommen werden, und man würde dem Richter eine zu schwere Aufgabe stellen, wenn ihm lediglich die Möglichkeit einer vollständigen Bejahung oder Verneinung der Zurechnungsfähigkeitsfrage gegeben würde.[165])

Auch das gegenwärtige deutsche Strafgesetzbuch kennt den Zustand der relativen Strafmündigkeit.

Dasselbe schreibt in § 56 vor, daß ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit, zu welcher er das 12., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, freizusprechen ist, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besaß. § 57 a. a. O. schreibt bestimmte Strafmilderungen für den die erforderliche Einsicht besitzenden jugendlichen Täter vor. Das Vorhandensein der erforderlichen Einsicht bedarf der ausdrücklichen Feststellung.

Ebenso kennt der Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch den Mittelzustand der relativen Strafmündigkeit. § 6 dieses Vorentwurfs bestimmt, daß wer zur Zeit der Tat im Alter vom vollendeten 14. bis zum vollendeten 18. Lebensjahre stand (Jugendlicher), nicht strafbar ist, wenn er wegen zurückgebliebener Entwicklung oder mangels der geistigen Reife nicht die Fähigkeit besaß, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen.

Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch fordert keine besondere Feststellung über das Vorhandensein der erforderlichen Einsicht beim jugendlichen Täter. Der Grund, warum der Vorentwurf im Gegensatz zum geltenden deutschen Strafgesetzbuch von diesem Erfordernis absieht, ist wohl der, daß mit Ausnahme der mit dem Tode oder mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedrohten Delikte in besonders leichten Fällen allgemein „ein Absehen von der Strafe“ zugelassen ist. Ein besonders leichter Fall ist nach § 83 VE. zu einem deutschen Strafgesetzbuch u. a. anzunehmen, wenn der verbrecherische Wille des Täters nur gering ist. Da bei dem jugendlichen Täter, der noch nicht die erforderliche Einsicht besaß, der schuldhafte Wille gleich Null ist, so wird der Richter bei richtiger Anwendung des Gesetzes bei einem solchen jugendlichen Täter immer von Strafe absehen müssen.

---

[165]) s. Begr. S. 257.

Aus diesem Grunde hat also wohl der Gesetzgeber nicht für notwendig gehalten, die Verurteilung jugendlicher Personen von der ausdrücklichen Feststellung des Vorhandenseins der erforderlichen Einsicht abhängig zu machen.

Tatsächlich freilich wird auch der nach dem Vorentwurf urteilende Richter sich mit der Frage nach dem Vorhandensein der erforderlichen Einsicht des Jugendlichen zu beschäftigen haben, da diese Frage von Bedeutung dafür ist, ob von der Ermächtigung, von Strafe abzusehen, Gebrauch zu machen ist.

Bei mit dem Tode oder lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedrohten Delikten kann nach dem Vorentwurf beim jugendlichen Täter nicht von Strafe abgesehen werden, es muß vielmehr unter allen Umständen Bestrafung nach § 76 Abs. 1 u. 2 eintreten, wenn nicht der § 63 Abs. 1 oder § 69 Abs. 2 zutrifft.

Daß der Vorentwurf auch in diesen Fällen, wo ein Absehen von Strafe nicht zugelassen wird, die Bestrafung nicht von der Feststellung des Vorhandenseins der erforderlichen Einsicht abhängig macht, hängt wohl mit dem generell gegen das Einsichtserfordernis vorgebrachten Einwand zusammen, daß es einseitig nur die Verstandesentwicklung berücksichtige (s. Begr. S. 258), was als verfehlt zu bezeichnen ist. Die allein richtige Remedur läge mit Gretener[166]) wohl darin, daß die Fähigkeit der Selbstbestimmung (oder Selbstbeherrschung) neben das beizubehaltende Merkmal der Einsichtsfähigkeit in das Gesetz aufgenommen würde. Damit hätte man dann zugleich wieder faßbare Momente für die eine Strafwürdigkeit auslösende Entwicklungsstufe der Jugendlichen und brauchte nicht nach unsicheren Zukunftsgesichtspunkten zu entscheiden, ob der Jugendliche gestraft werden soll oder nicht.

Stellungnahme: Die Anerkennung des Mittelzustandes der relativen Strafmündigkeit in beiden Vorentwürfen erscheint als zweckmäßig. Die Entwicklung des Menschen verläuft allmählich und stetig. Es gibt eine Zeit in der menschlichen Entwicklung, in der vom Menschen zwar nicht mehr gesagt werden kann, daß er überhaupt noch nicht für seine Handlungen strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann, in der er aber anderseits doch

---

[166]) Die Zurechnungsfähigkeit im Vorentwurf S. 78 f.; vgl. auch die gute Definition der erforderlichen psychischen Merkmale bei Jugendlichen im österr. Vorentw. § 6 Abs. 1.

noch nicht die Vollreife erlangt, um in demselben Maße wie ein Erwachsener für seine Handlungen verantwortlich gemacht werden zu können.

Diese Zeit dürfte im allgemeinen die Zeit zwischen dem 14. und 18. Lebensjahre sein.

Ich halte es daher für richtig, wenn die beiden Vorentwürfe den jugendlichen Täter zwischen 14 und 18 Jahren stets milder bestrafen als den Erwachsenen.

Wenn der jugendliche Täter auch regelmäßig vermindert für seine Handlungen strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann, so gibt es doch in der Entwicklung zurückgebliebene Individuen, die auch nach vollendetem 14. Lebensjahr nicht die nötige Reife besitzen, um strafrechtlich verantwortlich zu sein. Solche Personen müssen, da ihnen ihre Tat nicht zur Schuld zugerechnet werden kann, straflos bleiben.

Diesem Umstand trägt das geltende deutsche Strafgesetzbuch dadurch Rechnung, daß es die Verurteilung jugendlicher Personen von der ausdrücklichen Feststellung des Vorhandenseins der erforderlichen Einsicht abhängig macht und bei Nichtvorhandensein der Einsicht Freisprechung vorschreibt. Nach den Vorentwürfen kann bei fehlender Einsicht von Strafe abgesehen werden.

Der Standpunkt der Vorentwürfe in dieser Beziehung dürfte innerlich ungerechtfertigt sein. Der Jugendliche, der nicht die erforderliche Einsicht und Selbstbestimmungsfähigkeit besitzt, muß einen gesetzlichen Anspruch auf Freisprechung haben. Es darf nicht von dem freien, wenn auch pflichtgemäßen Ermessen des Richters abhängen, ob er straffrei bleibt. — Die Zulassung des Absehens von Strafe ist also kein glücklicher Ersatz für die Beseitigung des sogenannten Unterscheidungsvermögens.

Weiter erscheint es uns als unrichtig, daß die Vorentwürfe auch bei solchen Jugendlichen, die bereits die erforderliche Einsicht besitzen, Absehen von Strafe zulassen. Hier widerspricht das Absehen von der Strafe den Grundsätzen der gerechten Vergeltung. Es kann hierfür auf das hingewiesen werden, was oben bei der Regelung des Versuchs erörtert wurde. Dazu kommt, daß gerade bei Jugendlichen kurze, eindrucksvolle Strafen nutzbringend erscheinen.[167])

---

[167]) v. Birkmeyer, Beitr. Heft 3 S. 66, bemerkt dazu: „In der Tat be-

VI. Notwehr.

Das japanische Strafgesetzbuch (§ 36 Abs. 2) und der Vorentwurf (§ 66 Abs. 2) haben die Bestimmung getroffen, daß die Strafe gemildert oder davon abgesehen werden kann, wenn der Täter die Grenze der Notwehr überschritten hat; aber der Vorentwurf hat außerdem den Fall straflos gelassen, wenn der Täter in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung gehandelt hat.

Die Begründung (S. 245) rechtfertigt die genannte Bestimmung damit, daß „wenn auch die Überschreitung der Notwehr in strafbarer Weise geschehen ist, in solchen Fällen doch meist diejenigen Gründe mitwirken werden, die zur Entschuldigung des Notwehrexzesses überhaupt führen, und daß insbesondere oft der vorausgegangene Angriff und die dadurch bewirkte Herausforderung oder Reizung mildernd in das Gewicht fallen".

Die Umstände rechtfertigen es wohl, daß der Vorentwurf die Möglichkeit gibt, bei den in Überschreitung der Notwehr begangenen Delikten die Strafe zu mildern. Dagegen erscheint es auch hier unrichtig, in solchen Fällen den Richter auch zu ermächtigen, ganz von Strafe abzusehen. Die Fälle, in denen eine Bestrafung des in Überschreitung der Notwehr handelnden Täters der Billigkeit widerspräche, bleiben schon auf Grund des § 96 Abs. 2 Satz 2 straffrei. Sind aber die Voraussetzungen dieser Gesetzesvorschrift nicht gegeben, hat vielmehr der Täter vorsätzlich und kalten Blutes die Grenzen der Notwehr überschritten, dann besteht kein Anlaß, ganz von Strafe abzusehen. Der Täter muß vielmehr für seine schuldhafte rechtswidrige Handlung eine, wenn auch geringe, Strafe erleiden.[168])

Die Gesellschaft hat allen Grund, eine unbedingt strafwürdige Handlung anzunehmen, wenn jemand die Abwehr ungerecht-

---

raubt man den Jugendlichen geradezu einer Wohltat, wenn man ihn dem motivierenden Einfluß der Strafe entzieht, denn alles, was ihn von der Verbrecherlaufbahn fernzuhalten vermag, ist eine Wohltat für ihn, und dazu gehört, wenn er einmal ein Verbrechen begangen hat, in erster Linie die Strafe", und auch S. 97.

[168]) vgl. Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch § 26 Abs. 2: „Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen; überschreitet er die Grenzen der Notwehr in entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung über den Angriff, so bleibt er straflos"; v. Birkmeyer, Beitr. Heft 3 S. 63.

fertigter Angriffe kalten Blutes maßlos überschreitet. Denn wenn auch ohne Vorliegen entschuldbarer Aufregung oder Bestürzung die Versuchsbestimmungen mit Einschluß des Absehens von Strafe eintreten können — so der VE. § 66 Abs. 2 —, so wird der gegen seinen Gegner erbitterte Täter sich an die Aussicht der nachträglichen Straffreiheit halten; die Verteidiger werden die Unsicherheit des Gesetzgebers über die Strafwürdigkeit ausnützen, und beim Obsiegen der einen Prozeßpartei wird die andere Partei gern Berufung ergreifen, da ja das Lotteriespiel eines richterlichen Gnadenrechts in Frage steht.

VII. Notstand.

Beim Notstand hat das japanische Strafgesetzbuch ein Absehen von Strafe zugelassen, indem es in § 37 Abs. 1 bestimmt:

Eine Handlung, die unvermeidlich ist, um eine gegenwärtige Gefahr für Leben, Leib, persönliche Freiheit oder Vermögen von sich oder einem anderen abzuwenden, ist nur dann nicht strafbar, wenn der aus der Handlung entstehende Schaden den Grad des abzuwendenden Schadens nicht übersteigt. — Bei Überschreitung dieses Grades kann jedoch die Strafe nach den Umständen des Falles gemildert oder erlassen werden.

Der Vorentwurf kennt beim Notstand kein Absehen von Strafe.

Er zieht aber dafür die Grenzen des Notstandes weiter als das japanische Strafgesetzbuch, indem er, wo es sich um die Rettung einer Person handelt, auch dann eine straflose Notstandshandlung annimmt, wenn der durch die Notstandshandlung zu erwartende Schaden weitaus größer ist als die dadurch abzuwendende Gefahr, wofern es sich nur nicht überhaupt um eine geringe Gefahr handelt, und indem er ferner, wenn es sich um die Rettung von Eigentum handelt, den Notstand nur dann ausschließt, wenn der von der Handlung zu erwartende Schaden unverhältnismäßig größer ist als die Gefahr.[169])

Man mag es in der Hauptsache für richtig halten, daß der Vorentwurf Handlungen, die zur Rettung einer Person aus einer erheblichen, auf andere Weise nicht zu beseitigenden, unverschuldeten Gefahr unternommmen werden, von Gesetzes wegen unter allen

[169]) s. VE. § 61.

Umständen straflos lassen will.[170]) Wenn es sich um eine nicht unerhebliche Gefahr für eine Person handelt, dann kann billigerweise nicht verlangt werden, daß nun sorgfältige Erwägungen angestellt werden, ob der durch die Notstandshandlung zu erwartende Schaden nicht größer ist als die abzuwendende Gefahr. Daß die erwähnte Bestimmung als Handhabe dient, um rücksichtslos fremde Interessen zu verletzen, dem dürfte zur Genüge durch die Forderung, daß die Gefahr nicht gering ist, begegnet sein.

Soweit es sich nur um die Rettung von Eigentum handelt, nimmt der Vorentwurf eine straflose Notstandshandlung an, wenn der von der Notstandshandlung zu erwartende Schaden die abzuwendende Gefahr nicht unverhältnismäßig übersteigt. Diese Bestimmung hat wohl analoge Anwendung zu finden bei Rettung einer Person aus geringer Gefahr.[171])

Diese Bestimmung des Vorentwurfes über die Notstandshandlungen zur Rettung von Eigentum kommt einem Bedürfnis entgegen. Ob sie völlig einwandfrei formuliert ist, soll hierbei außer Betracht kommen. Der Notstand ist ein Zustand, der rasches Handeln fordert. Es wird daher in der Regel nicht möglich sein, den von der Notstandshandlung zu erwartenden Schaden und die abzuwendende Gefahr mathematisch genau abzuwägen. Es empfiehlt sich daher, geringfügige „Überschreitungen des Notstandes", wenn man diesen Ausdruck nach Analogie von „Überschreitung der Notwehr" gebrauchen darf, einfach straflos zu lassen, um der praktisch sehr schwierigen Feststellung, ob die Überschreitung nach der Sachlage eine schuldhafte ist, aus dem Wege zu gehen. Dem Verletzten wird durch den zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch hinreichende Genugtuung zuteil.

Ist dagegen der Schaden, der von der Notstandshandlung droht, unverhältnismäßig größer als die abzuwendende Gefahr, und springt dies auch dem Täter in die Augen, so besteht kein Anlaß, die Strafe zu mildern, geschweige denn von Strafe abzusehen; sprang ihm die Unverhältnismäßigkeit aus culpa nicht in die Augen, so liegt immerhin eine normale fahrlässige Begehung des Deliktes

---

[170]) Auf Detailfragen, die vom Thema zu weit abführen würden, ist hier nicht einzugehen. Vgl. darüber Frank in Aschrott-v. Liszt, Die Reform des StGB. Bd. 1 S. 263f.; Köhler, Annalen des Deutschen Reiches 1910 S. 214f.

[171]) s. VE. § 62.

vor. Fehlt es an jeder Schuld, so liegt ein Putativnotstand vor, dessen Straflosigkeit nicht in richterliches Ermessen gestellt zu sein braucht.

Daß die Grenzen des Notstandes enger gezogen sind als bei der Notwehr, und daß die Überschreitung der Grenzen strenger zu beurteilen ist als bei letzterer, hat seinen Grund darin, daß die Notwehr einen rechtswidrigen Angriff zur Voraussetzung hat, während die durch die Notstandshandlung geschädigte Person nicht rechtswidrig angegriffen hat.

Die Grenzen der erlaubten Notwehrhandlung sind daher lediglich bestimmt durch die Notwendigkeit für Abwehr des rechtswidrigen Angriffes; bei der Notstandshandlung sind außerdem noch die abzuwehrende Gefahr und der durch die Handlung entstehende Schaden gegeneinander abzuwägen. Es erscheint aber zu eng, wenn man hierbei nur dann Straflosigkeit begutachtet, falls der aus der Notstandshandlung entstehende Schaden den Grad des abzuwendenden Schadens nicht übersteigt. Man sollte entweder ein unverhältnismäßiges Höhersein des durch die Abwendungshandlung angerichteten Schadens zur Strafbarkeit verlangen, so der deutsche Vorentwurf in doppelter Formulierung, oder doch erklären, daß geringfügige Überschreitungen des Gleichmaßes zwischen dem beiderseitigen Schaden straflos sind. Lediglich dem Zaudern, gleich generell so weit zu gehen, obwohl man doch die Notwendigkeit einer Notstandserweiterung fühlte, ist es zu danken, daß man eine Aufgabe des Gesetzgebers auf das richtige Fühlen und Empfinden der einzelnen Richter abwälzte.

§ 9.

Besonderer Teil.

I. Japanisches Strafgesetzbuch.

Das japanische Strafgesetzbuch läßt in folgenden Fällen Milderung der Strafe oder gänzliches Absehen von Strafe zu:

1. Im Falle der falschen Zeugenaussage (§ 170), des falschen Sachverständigengutachtens und der falschen Übersetzung durch einen beeidigten Dolmetscher (§ 171), wenn der Täter ein Geständnis ablegt, bevor die Sache, in welcher das falsche Zeugnis oder Gutachten oder die falsche Übersetzung abgegeben worden ist, rechts-

kräftig abgeurteilt oder in der Sache eine Disziplinarverfügung erlassen worden ist. Nach dem schweizerischen Vorentwurf können nicht nur obengenannte Personen, sondern auch eine Partei straflos bleiben, welche ihre falsche Beweisaussage berichtigt, bevor eine Strafanzeige gegen sie eingereicht ist und bevor der Richter geurteilt hat.

2. Im Falle der falschen Anschuldigung (§ 172), wenn der Täter ein Geständnis ablegt, bevor die Sache, in welcher Anzeige gemacht worden ist, rechtskräftig abgeurteilt oder in der Sache eine Disziplinarverfügung erlassen ist (§ 173).

3. Bei der Vorbereitung der Brandstiftung (§§ 113, 108, 109) und der Tötung (§§ 199 u. 201).

4. Im Falle der aktiven Bestechung, wenn einem öffentlichen Beamten oder Schiedsrichter ein Geschenk oder ein anderer Vorteil gewährt, angeboten oder versprochen wird und der Täter Selbstanzeige macht.

Bei der Vorbereitung der Brandstiftung und der Tötung ist die bloße Vorbereitungshandlung unter Strafe gestellt und noch kein schädlicher Erfolg eingetreten. Der Gesetzgeber bezweckt dadurch, daß er für die bloße Vorbereitungshandlung ein Absehen von Strafe in Aussicht stellt, manche von der Vollendung des Verbrechens abzuhalten und so den schädlichen Erfolg zu verhindern.[172])

Beim falschen Zeugnis, falschen Gutachten, falscher Übersetzung und falscher Anschuldigung kann durch ein rechtzeitiges Geständnis der schädliche Erfolg für denjenigen, auf den sich das Zeugnis, das Gutachten, die Übersetzung oder Anschuldigung bezieht, verhindert oder wenigstens vermindert werden.[173])

Auch bei der Bestechung kann infolge der Selbstanzeige des Täters die verkehrte Amtshandlung des Beamten oder Schiedsrichters wieder gut gemacht werden.[174])

Aus diesen Gründen stellt der Gesetzgeber bei freiwilligem Geständnis oder Selbstanzeige Straferlaß in Aussicht. Wenn man den obenangeführten Zwecken energisch Rechnung tragen will, dann würde man besser bei den Fällen der falschen Aussage, dem

---

[172]) Motoni a. a. O. S. 629 u. 647.
[173]) Motoni a. a. O. S. 600 u. 610.
[174]) Motoni a. a. O. S. 439.

falschen Gutachten usw. von vornherein im Gesetze die Strafe ausschließen, falls der Täter freiwillig ein Geständnis oder eine Selbstanzeige macht, statt von Strafe abzusehen. Denn gerade bei den Fällen der tätigen Reue ist der Gesetzgeber der Ansicht, daß die Verhütung schwerer Rechtsgutverletzungen erkauft werden könne durch die Straflosigkeit des Täters. Die Verheißung des Staates an den Täter: „ich lasse dich frei, wenn du dich selbst belastest und gestehst oder bezichtigst, aber nur wenn es meinen Richtern so gefällt. Paßt es diesen nicht, so kann deine Selbstbelastung dir auch gehörig schaden", diese Verheißung wird die staatlichen Interessen nur schwach fördern und enthält eine direkte Aufforderung an den Täter, mit dem Staate ein Lotteriespiel zu wagen, dessen Gewinnaussichten für den Täter ungleich schlechter sind als für den Staat.

Will man aber nur dem Umstand gerecht werden, daß gerade hier sehr leichte Fälle vorkommen können, dann genügt es, die Strafe zu mindern.

II. Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch.

1. Falsche uneidliche Aussage (§ 168).

Der § 168 des Vorentwurfes hat bestimmt, daß in besonders leichten Fällen bei Personen, die von einer zur eidlichen Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen zuständigen Behörde als Zeuge oder Sachverständiger uneidlich vernommen werden, wenn sie wissentlich oder fahrlässig falsch aussagen, obwohl sie von der Behörde auf die Strafbarkeit falscher uneidlicher Aussagen hingewiesen worden sind, von der Strafe abgesehen wird. Die Gründe für die Bestrafung sind in der Begründung S. 533 ff. ausführlich dargelegt. Der Hauptgrund für die Einführung dieser Neuerung ist, daß auch eine unbeeidigte falsche Aussage das Rechtsleben schwer gefährden kann.

Aber obwohl der Entwurf es für notwendig gehalten hat, die unbeeidigte falsche Aussage mit Strafe zu bedrohen, glaubte er doch auf der anderen Seite mit Rücksicht auf das Vorkommen besonders leichter Fälle ein Absehen von Strafe zulassen zu müssen (§ 168 Abs. 3). Sie treten vollständig selbständig neben die Fälle des Widerrufs der falschen Aussage. Hier tritt unter den Voraussetzungen des § 169 eine vom richterlichen Ermessen unabhängige

Straflosigkeit ein. Es fragt sich an dieser Stelle nur, ob die Gründe, welche die Verfasser des Vorentwurfs veranlaßten, daneben noch ein dem Richter überlassenes Absehen von Strafe für andere Fälle einzuführen, gerechtfertigt sind.

Die Begründung S. 247 f. betont, daß es nicht angängig gewesen sei, im Entwurfe bestimmte Fälle der falschen uneidlichen Aussage hervorzuheben, in denen dem Täter kraft Gesetzes die Straflosigkeit zugesichert werde. Durch eine solche allgemeine gesetzliche Gewährleistung für bestimmte Fälle könnte leicht das Bewußtsein einer unbedingten Pflicht des Zeugen und Sachverständigen zur Wahrhaftigkeit vor der zuständigen Behörde erschüttert werden, was im Interesse einer sicheren Rechtspflege unbedingt vermieden werden muß.

„Andererseits jedoch ist nicht zu verkennen," führt die Begründung weiter aus,[175]) „daß besondere Umstände, wie z. B. eine gewisse Zwangslage der Auskunftsperson, die Geringfügigkeit des Falles und die Nebensächlichkeit der Bekundung, eine recht milde Behandlung der falschen uneidlichen Aussage zu rechtfertigen vermögen."

Diesen widerstreitenden Interessen der Rechtssicherheit einerseits und der Gerechtigkeit gegenüber dem Täter andererseits sucht der Vorentwurf nun dadurch Rechnung zu tragen, daß er die schuldhafte falsche uneidliche Aussage zwar ohne gesetzlich vorgesehene Ausnahmefälle mit Strafe bedroht, es jedoch dem freien Ermessen des Richters anheimstellt, in besonders mild gelagerten Fällen die Strafe zu mildern oder ganz von Strafe abzusehen. Unseres Erachtens könnte die Strafwürdigkeit, wenn man sie überhaupt bejaht, wegen Nebensächlichkeit der Bekundung oder Geringfügigkeit des Falles nicht entfallen. Vorsätzliche Lüge trotz ausdrücklicher gerichtlicher Ermahnung bleibt immerhin ein nicht ganz unbeachtlicher Tatbestand. Zwangslagen aber, die allerdings strafausschließend wirken könnten, lassen sich recht wohl genauer formulieren, sobald man sich vorher einen Überblick über diejenigen Fälle gemacht hat, die man für beachtliche Zwangslagen hält. Überläßt man dagegen die Bestimmung derselben den einzelnen unabhängigen Richtern, so muß eine ungleichmäßige Behandlung herausspringen, die vermieden werden könnte, da eine

---

[175]) s. Begr. S. 548.

Unübersehbarkeit der in Betracht kommenden Zwangslagen nicht vorliegt.[176])

Originell ist auch ein Widerspruch der Begründung, den v. Birkmeyer S. 39 andeutet. Es soll gleichgültig sein, ob die Aussage einen erheblichen oder mindererheblichen Punkt betrifft (Begr. S. 547). Unter den Beispielen für ein gedachtes Absehen dagegen wird die Nebensächlichkeit der Aussage erwähnt (Begr. S. 548).

Die fahrlässige falsche uneidliche Aussage erscheint uns als eine Handlung, durch deren Pönalisierung man ungefähr ebenso viele praktische Schwierigkeiten eintauscht, als sie präventiven Nutzen bringen kann, so daß ihre Einführung von problematischem Werte bleibt.[177]) Bejaht man sie aber, so wird auch hier die Schuldgröße durch die Nebensächlichkeit der Bekundung oder die Geringfügigkeit des Falles nicht so beeinflußt, daß die Zufügung eines Verweises dann noch eine unbillige Härte[178]) wäre. Eine „Zwangslage der Auskunftsperson" aber ist bei der fahrlässigen falschen Aussage kaum je anzunehmen.

2. Körperverletzung.

Der § 227 des deutschen Vorentwurfes hat als Körperverletzung die Handlung bezeichnet, bei welcher jemand vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, und gestattet in besonders leichten Fällen ebenfalls ein Absehen von Strafe.[179]) Im Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch wird bei Überschreitung des Züchtigungsrechtes von einer Strafe abgesehen, wenn eine weitere Gefahr für den Gezüchtigten nicht zu besorgen und die Beschädigung eine geringfügige ist (§ 313 Abs. 2).

Eine Notwendigkeit hierfür ist jedoch nicht anzuerkennen.

---

[176]) vgl. v. Birkmeyer, Beiträge Heft 3 S. 39/40.

[177]) vgl. dazu Abricht in Aschrott-v. Liszt, Reform Bd. 2 S. 176 f.

[178]) v. Birkmeyer S. 38 gibt außerdem zu bedenken, daß die Gefährdung der Rechtspflege durch die Geringfügigkeit der Aussage nicht beeinflußt werde, denn die Tat rufe gleichzeitig eine Erschütterung des Bewußtseins einer unbedingten Pflicht zur Gewissenhaftigkeit hervor. Er bezweifelt daher das häufigere Vorkommen eines besonders leichten Falles im Sinne des § 83.

[179]) s. Begr. S. 659.

Wer widerrechtlich die körperliche Integrität eines anderen verletzt, der hat Strafe verdient, wenn auch die Verletzung eine noch so geringfügige ist. Unser Körper ist ein sehr kostbares Gut, das wohl sorgfältigen strafrechtlichen Schutz verdient. Es ist weder nach der praktischen Erfahrung noch theoretisch eine so geringfügige wirkliche Körperverletzung dolo malo begangen denkbar, daß die geringsten gesetzlichen Strafen, z. B. Verweis, Geldstrafe von 5 Mk., zu hart wären. Bei der nichtvorsätzlichen Körperverletzung lassen sich allerdings Fälle denken, in denen keine Bestrafung erwünscht ist.

Allein in solchen Fällen wird auch die Annahme einer Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein, so daß schon kraft Gesetzes Straffreiheit eintritt. Überdies ist das Absehen von Strafe gerade bei der fahrlässigen Körperverletzung im Vorentwurf nicht vorgesehen.

Wir halten auch bei der vorsätzlichen Körperverletzung ein Absehen von Strafe nicht für erforderlich.[180]) Der Umstand, daß der Verletzte durch den zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch Genugtuung erhält, kann kein Absehen von Strafe in besonders leichten Fällen rechtfertigen.[181]) Denn jeder Schadensersatz ist begrifflich entweder eine Wiederherstellung des früheren Zustandes oder ein Geldäquivalent für eine solche Wiederherstellung, nicht aber eine Bestrafung des kriminellen Unrechts, d. h. der öffentlichrechtlichen Gehorsamsverletzung.

Die rechtswidrige Körperverletzung, die der Arzt gelegentlich eines ärztlichen Eingriffes begeht, muß man als gewöhnlich vorsätzliche oder fahrlässige Körperverletzung bestrafen.[182]) Für ein

---

[180]) vgl. Birkmeyer, Beitr. Heft 3 S. 41.

[181]) Darauf, daß bei dem richterlichen Absehen von Strafe in Körperverletzungsfällen auch die Rücksichtnahme auf den Verletzten entgegensteht, weist insbesondere v. Birkmeyer S. 40 f. hin. Namentlich wenn man an dem Institut der Privatklage festhält, erscheint es als eine grobe Mißachtung des Privatklägers, wenn der Richter alle aufgewandte Mühe und Sorge desselben noch zunichte machen darf.

[182]) s. Begr. S. 660. Auf die unseres Erachtens zugunsten der Körperverletzung zu beantwortende Frage, ob eine Körperverletzung oder eine bloße Willensmißachtung zustande kommt, wenn jemand einem zurechnungsfähigen Patienten wider dessen Willen einen operativen Eingriff aufnötigt, ist nicht näher einzugehen. Weshalb der Zwang zur Duldung von Schmerzen mit Rücksicht auf die jeweils überwiegenden ärztlichen Therapien, die so oftmals schwanken, eine Sonderbehandlung verdient und von dem für natürliche Anschauung gegebenen Körperverletzungsbegriff eximieren soll, leuchtet uns schwer ein.

Absehen von Strafe ist, wenn wirklich eine dolose oder fahrlässige Körperverletzung durch einen in Ausübung seines Berufes befindlichen Arzt vorliegt, um so weniger Anlaß, als der Arzt vermöge seines Berufes zu einer besonderen Vorsicht verpflichtet ist.

Ebensowenig besteht eine Notwendigkeit bei den in Überschreitung eines Züchtigungsrechtes begangenen Körperverletzungen. Geschah die Überschreitung infolge entschuldbaren Irrtums, dann wird auch die Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein, und es tritt kraft Gesetzes Straflosigkeit ein. Überschreitet aber der Inhaber eines Züchtigungsrechtes dieses vorsätzlich oder fahrlässig, dann ist es auch nur billig, daß er Strafe erleidet. Wem ein Züchtigungsrecht verliehen ist, von dem kann man mit Recht verlangen, daß er dasselbe mit Besonnenheit gebraucht.[183])

3. Blutschande (§ 249).

Bei der Blutschande trifft der Abs. 2 des § 249 die Bestimmung, daß Verwandte und Verschwägerte absteigender Linie straflos gelassen werden können, wenn sie das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

Der Grund für diese Bestimmung ist nicht wie sonst beim Absehen von Strafe, daß angeblich vom Gesetze nicht zu fassende, besonders leichte Fälle vorkommen können. Der Vorentwurf hat auch hier nicht die Wendung gewählt, daß „in besonders leichten Fällen von Strafe überhaupt abgesehen werden kann", es heißt vielmehr einfach, daß der Täter straflos gelassen werden kann. Materiell unterscheidet sich jedoch die Befugnis, den Täter straflos zu lassen, gar nicht von der Befugnis, von Strafe abzusehen, so daß man den Fall des § 249 Abs. 2 ohne weiteres zu den Fällen rechnen kann, in denen ein Absehen von Strafe zugelassen ist.

In der Begründung (S. 689) ist die Bestimmung des Abs. 2 des § 249 damit motiviert, daß Verwandte und Verschwägerte absteigender Linie, wenn sie das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, der Einwirkung und Verfügung älterer Verwandten leichter unterliegen.

Aber wenn die Fälle nicht strafwürdig erschienen, in denen Personen unter 18 Jahren der Einwirkung und Verfügung älterer Verwandten unterliegen, dann müßte man bei vielen anderen

---

[183]) s. Begr. S. 660.

Delikten eine dem Abs. 2 des § 249 VE. entsprechende Bestimmung aufnehmen.

Nach unserer Meinung kommt es bei der durch Verwandte und Verschwägerte unter 18 Jahren begangenen Blutschande einzig und allein darauf an, ob die jugendliche Person unter 18 Jahren die zur Erkenntnis der Strafbarkeit der Blutschande erforderliche Einsicht besessen hat und imstande war, ihren Willen gemäß dieser Einsicht zu bestimmen. Hat der Jugendliche diese Einsicht usw. nicht besessen, dann muß nach unserer Auffassung über die Bestrafung Jugendlicher (vgl. oben S. 73) von Gesetzes wegen Straflosigkeit eintreten. Hat aber der Jugendliche die erforderliche Einsicht usw. besessen, dann darf die Strafe nicht erlassen werden. Das braucht nicht von Fall zu Fall anders entschieden zu werden. Einer etwaigen Verführung seitens eines Deszendenten kann nur insofern ein Einfluß eingeräumt werden, als dieselbe bei der Strafzumessung als strafmildernd in Betracht gezogen wird. Will man sie aber noch milder beurteilen, so kann man dies generell tun, indem man Straflosigkeit vorsieht, wenn der Jugendliche durch mißbräuchliche Beeinflussung seitens anderer zu der Handlung bestimmt wurde.

4. Beleidigung.

Bei dem Täter kann nach dem deutschen Vorentwurf (§ 251) in besonders leichten Fällen der Beleidigung von der Strafe abgesehen werden, während nach dem Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch von der Strafe befreit werden kann einerseits, wenn der Beschuldigte aus verzeihlichem Irrtum die Nachrede (§ 106 Abs. 2) für wahr gehalten, andererseits der Beschimpfte durch sein strafbares ungebührliches Verhalten zu der Beschimpfung Anlaß gegeben hat (§ 108 Abs. 2).

Bei der Beleidigung hat der Vorentwurf, wie die Begründung sagt,[184]) hauptsächlich mit Rücksicht auf solche Fälle, wo die Beleidigung eine so geringfügige ist, daß die Beteiligten selbst ihr keine Bedeutung zumessen oder wo die Beleidigung ihre Ursache in einer schweren Reizung oder gerechtfertigtem Unwillen des Täters hat, ein Absehen von Strafe zugelassen. Beleidigungen, die vom Verletzten selbst nicht einmal als solche empfunden werden,

---

[184]) s. Begr. S. 707.

fallen nach japanischer Auffassung überhaupt nicht unter den Begriff der Beleidigung. Fallen sie aber nach deutscher Auffassung darunter, weil etwa die Beleidigung als Verletzung des Anspruchs auf Unterlassung bewußt unwahrer Herabsetzung der Persönlichkeit aufgefaßt wird,[185]) so erscheint die Strafwürdigkeit dadurch, daß der Angegriffene sich auch gekränkt fühlt, in keiner Weise bedingt. Anders freilich, wenn man die Beleidigung[186]) als Zufügung von Seelenschmerz ansieht. Alsdann wäre in dem in Frage stehenden Falle Strafwürdigkeit stets zu verneinen.

Den verzeihlichen Irrtum im schweizerischen Vorentwurf, den wir als entschuldbaren bezeichnen, müssen wir kraft Gesetzes für straflos erklären, weil kein Grund vorliegt, ihn nur bei diesem Verbrechen zu bestrafen oder infolge besonderer Umstände von der Strafe abzusehen, trotzdem bei anderen Verbrechen verzeihlicher Irrtum straflos bleibt.

Schwere Reizung und gerechtfertigter Unwille des Täters kann bei anderen Vergehen ebensogut der Tat vorausgegangen sein wie bei der Beleidigung. Wenn man darin einen Grund für ein Absehen von Strafe erblicken wollte, müßte man auch bei vielen anderen Delikten, z. B. Sachbeschädigung, Vermögensschädigung, von Strafe absehen. Aber auch dann könnte dieser Strafausschließungsgrund recht wohl scharf genug formuliert werden, um richterliches Ermessen hierüber überflüssig zu machen.

Die Begründung S. 721 beruft sich auf das Absehen von Strafe nach § 83 bei Beleidigungen auch deshalb, weil der § 199 über die Zulassung von Retorsion weggefallen ist. Es ist aber ein großer Irrtum, wenn man annimmt, durch § 83 würde der § 199 ersetzt. Wie v. Birkmeyer (S. 10) richtig bemerkt, kommt die Retorsion auch demjenigen zugute, der zuerst angegriffen wurde, aber dann bereits eine Vergeltung seines Angriffs erfuhr, während § 259 mit § 83 nur diejenige Beleidigung betrifft, welche der zuerst Beleidigte begeht. Es ist eine nicht bewiesene Behauptung, wenn die Begründung es so hinstellt, als ob der erste Angreifer die Anrechnung einer ihm für seine Verletzung widerfahrene Beleidigung nicht verdiene. Dazu kommt, daß die Retorsion

---

[185]) vgl. Binding, Lehrb. Bd. 1 S. 142; etwas abweichend Lippmann in Vergl. Darst. Bd. 4 S. 230.

[186]) v. Bar im GS. Bd. 52 S. 85 f.

auch bei Erwiderung nicht ganz leichter Beleidigung zu Straflosigkeit führen kann, während die neue Straflosigkeit nach § 83 nur ganz leichte Fälle betrifft.[187]) Das gleiche gilt auch für die Körperverletzung, bei welcher der Vorentwurf den bisherigen § 233 streicht.[188])

Mit der Körperverletzung teilt der vorliegende Fall der Beleidigung auch die Ignorierung der Interessen der Verletzten.[189])

Man könnte zwar bei den Beleidigungen einwenden, daß es Fälle gibt, an deren Bestrafung ein sehr geringes öffentliches Interesse gelegen ist. Allein dann möge man die Grenze bezeichnen, wo die Beleidigung beginnt. Damit würde insbesondere die Neigung der Praxis, Ironie und Ehrenbeleidigung zu verwechseln, beseitigt werden und die Frage der Strafwürdigkeit aufhören, Sache des rein subjektiven Ermessens zu sein. Es erscheint daher als der geradere Weg, lieber den Begriff der strafbaren Beleidigungen etwas enger zu ziehen, als dies gegenwärtig geschieht, dafür dann aber bei schuldhaften echten Beleidigungen ohne richterliche Gnade und Barmherzigkeit den Beleidiger zu strafen.

5. Entwendung.

Aus Not begangener Diebstahl und Unterschlagung an Nahrungs- oder Genußmitteln oder an Gegenständen des wirtschaftlichen Gebrauches oder Verbrauches, deren Wert sehr gering ist, werden im Vorentwurf wie auch schon im geltenden deutschen Strafrecht mit bedeutend milderer Strafe bedroht als der gewöhnliche Diebstahl und die Unterschlagung.[190]) In besonders leichten Fällen soll nach dem Vorentwurf sogar von einer Strafe abgesehen werden können.

Die Begründung[191]) hat als Grund dafür, daß bei der Entwendung ein Absehen von Strafe zuzulassen ist, angegeben, daß sehr oft die Not die Ursache von Entwendungen und daß der Wert der entwendeten Sachen oft sehr geringfügig ist. Die Not ist mit dem Notstand verwandt. Hat die Not einen derartigen

---

[187]) Dies hat bereits v. Birkmeyer Heft 3 S. 10 konstatiert.
[188]) vgl. Begr. S. 666.
[189]) s. darüber v. Birkmeyer Heft 3 S. 42f.
[190]) s. § 272 des Entwurfes.
[191]) s. Begr. S. 747/48.

Grad erreicht, daß der Begriff des Notstandes zutrifft, dann muß ein in einer solchen Notlage begangener Diebstahl kraft Gesetzes straflos bleiben ohne Rücksicht auf den Wert der gestohlenen Sache.

Liegt dagegen kein Notstand vor, dann darf man auch bei geringfügigen Entwendungen nicht von Strafe absehen. Wenn man bei allen besonders leichten Entwendungen von Strafe absehen will, wird ein sehr großer Bruchteil der Eigentumsdelikte straflos bleiben.[192])

Damit aber wird man ein gefährliches Verbrechertum heranzüchten. Man glaubt immer, daß man bei Bekämpfung des Verbrechens sich besonders gegen die rückfälligen und gewerbsmäßigen Verbrecher wenden müsse. Hier dagegen können sogar die rückfälligen und gewerbsmäßigen kleinen Diebe noch auf Straffreiheit hoffen, wenn im Einzelfall ihr „Wille" gering war. Der § 83 VE. stellt ja nicht auf eine geringfügige Gesinnung ab.

Mancher gewerbsmäßige Verbrecher hat als kleiner Dieb angefangen. Deswegen muß man auch kleine Vergehen bestrafen, um so die Neigung zum Verbrechen im Keime zu ersticken.

6. Fischwilderei (§ 296).

Während das geltende deutsche Strafrecht die einfache Verletzung des Okkupationsrechtes an Fischen bloß als Übertretung behandelt, hat der Vorentwurf dieses Delikt unter die Vergehen eingereiht und als Höchststrafe sechsmonatliche Gefängnisstrafe angedroht.

Die schärfere Bestrafung des einfachen unberechtigten Fischens hält der Vorentwurf für notwendig infolge der gesteigerten wirtschaftlichen Bedeutung der Fischerei.[193])

Obwohl aber der Vorentwurf, wie dargetan, auf der einen Seite die Strafe für die Fischwilderei verschärft hat, glaubte er doch auf der andern Seite für besonders leichte Fälle ein Absehen von Strafe zulassen zu müssen, und zwar aus dem Grunde, weil erfahrungsgemäß gerade beim unberechtigten Fischen besonders leichte Fälle häufig vorkommen.[194])

---

[192]) Ebenso v. Birkmeyer, Beitr. Heft 3 S. 47.

[193]) s. Begr. S. 825.

[194]) s. Begr. S. 826; v. Birkmeyer, Beiträge Heft 3 S. 49, verweist außerdem auf die durch das Absehen von Strafe nahegerückte Gefahr, daß infolge dieser Ermunterung die einzelnen besonders leichten Fälle an Häufigkeit, wenn auch nicht an Schwere, zunehmen.

Solche besonders leichte Fälle soll man mit einer sehr geringen Strafe belegen. Eine Notwendigkeit, ganz von Strafe abzusehen, ist bei der Fischwilderei ebensowenig anzuerkennen wie bei der im vorigen Abschnitt behandelten Entwendung.

Zu verwundern ist, daß der Vorentwurf bei der Fischwilderei ein Absehen von Strafe zuläßt, während er es bei der Jagdwilderei (§ 295) nicht tut.

7. Bettel (§ 305 Nr. 2).

Beim Bettel und den dem Bettel in § 305 Nr. 2 gleichgestellten Übertretungen soll nach dem Vorentwurf von Strafe abgesehen werden können, wenn der Täter in einer Notlage gehandelt hat, die nicht auf Liederlichkeit oder Arbeitsscheu zurückzuführen ist.

Die Begründung sagt hierzu[195]: „Es besteht das Bedürfnis, Vorsorge zu treffen, daß das gelegentliche Betteln arbeitswilliger oder arbeitsunfähiger Notleidender straflos bleiben soll. Die Bestimmungen über den Notstand würden nicht ausreichen. Der vorliegende Fall sei vor allem hier auch anzuerkennen bei verschuldeter Notlage. Es sei wünschenswert, daß der Täter auch dann straflos bleiben könne, wenn er in einer Notlage gehandelt hat, die noch nicht als Notstand zu betrachten ist.

Auch wir sind der Ansicht, daß der Bettel bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 305 Nr. 2 Satz 2 straflos bleiben soll.[196] Aber man sollte die Straflosigkeit in diesem Falle kraft Gesetzes eintreten lassen und nicht in das Ermessen des Richters stellen. Dazu wäre dann freilich erforderlich, daß man sich die Mühe nähme, den Kautschukbegriff der Notlage genauer zu bezeichnen. Die Begründung konstatiert, daß die Notlage nicht immer leicht und einfach klarzustellen sein wird. Dadurch daß man den Richter nicht vor feste Begriffe stellt, wird allerdings die praktische Erledigung einfacher, nicht aber die Pflege gleichmäßiger Gerechtigkeit.

Ebenso sollte man denjenigen kraft Gesetzes straflos lassen, der in einer solchen Notlage, die nicht auf Arbeitsscheu oder Liederlichkeit zurückzuführen ist, Kinder unter 14 Jahren zum Betteln anleitet oder ausschickt, oder Personen, die unter seiner

---

[195]) s. Begr. S. 847.

[196]) And. M. v. Hippel, der die soziale Bedeutung auch solchen Bettels aus Not viel zu schwarz ansieht.

Gewalt und Aufsicht stehen und zu seiner häuslichen Gemeinschaft gehören, vom Betteln abzuhalten unterläßt.

Nicht recht einzusehen ist endlich, weshalb der Fall des Bettels aus Not noch eigens erwähnt wird. Die nunmehr zu erwähnende generelle Vorschrift über das Absehen von Strafe bei Übertretungen besagt zwar nicht völlig das gleiche, läßt aber ein Bedürfnis nach weiterem Absehen von Strafe jedenfalls nicht aufkommen.

8. Besonders leichte Fälle der Übertretung (§ 310).

Bei den Übertretungen kommen allerdings häufig besonders leichte Fälle vor.

In solchen besonders leichten Fällen muß man natürlich sehr geringe Strafen auferlegen. Wenn auch die geringste gesetzliche Strafe für solche besonders leichte Fälle noch zu hoch wäre, dann muß man eben bei der betreffenden Übertretung die gesetzliche Mindeststrafe herabsetzen. Es ist aber zu bezweifeln, ob bei wirklich nachgewiesener Verschuldung jemals eine Geldstrafe von einer Mark oder ein den Umständen angepaßter Verweis eine so harte Strafe ist, daß man noch des völligen Absehens bedarf.[197]) Die besondere Leichtigkeit eines Deliktes kann außerdem ganz unabhängig davon gegeben sein, was die gesetzliche Höchststrafe des Deliktes ist. Es ist darum ungerechtfertigt, daß ausnahmslos die Übertretungen straflos ausgehen können in den besonders leichten Fällen, während die mit einem ähnlichen Minimum anhebenden Vergehen größtenteils geahndet werden müssen.[198])

[197]) Rosenfeld, Vergl. Darst. A. Bd. 3 S. 168, sucht das richterliche Absehen von Strafe besonders in geringfügigen Fällen dadurch zu begründen, daß er bemerkt, nur die notwendige Strafe sei zu rechtfertigen. „Über die Notwendigkeit entscheiden kann indes nur, wer in das Gewebe des Einzelfalles eingedrungen ist, also der Tatrichter." Wäre dies richtig, so müßte es durchaus ebenso auch für die nicht ganz geringfügigen Fälle gelten, für welche aber Rosenfeld ein richterliches Absehen von der Strafe nicht vorsieht. Allein, es ist gar nicht richtig, daß der lokale Richter über das Spezialpräventionsbedürfnis hinaus auch die Nichtexistenz eines Generalpräventionsbedürfnisses besser als der Gesetzgeber entscheiden könne, wenn er einmal eine meßbare Schuldgröße gefunden hat.

[198]) Auf die Gefahren des generellen Absehens von Strafe bei Übertretungen kann hier in gleicher Weise hingewiesen werden wie bei der Fischwilderei. Die Notwendigkeit des Eintritts einer Bestrafung im öffentlichen Interesse der Rechtssicherheit vor zahllosen kleinen Ordnungswidrigkeiten wird auch durch v. Birkmeyer S. 51 betont.

9. Ergebnis.

Der Grund, warum der Vorentwurf zu einem deutschen, schweizerischen, österreichischen Strafgesetzbuch und das japanische Strafgesetzbuch die Einrichtung „Absehen von Strafe" aufgenommen haben, ist, weil sie dem richterlichen Ermessen einen möglichst großen Spielraum lassen und die möglichste Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles gewährleisten wollten.

Wie oben gezeigt wurde, ist es jedoch dringend wünschenswert, daß sich das richterliche Ermessen innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens halte. Es ist Beruf des Richters, die Strafe aufzuerlegen, nicht aber von Strafe abzusehen.

Richterliche Ermessensfragen innerhalb eines Strafrahmens können nicht ausgeschaltet werden. Aber die Gnadenübung durch Richter bedeutet eine sehr vielköpfige Gnadengewalt, ausgeübt durch Personen, die über die Ausübung des Rechts zur Gnade von niemand zur Verantwortung gezogen werden und, auch wenn sie Durchschnittsrichter sind, keiner Gegenzeichnung durch einen verantwortlichen Verwaltungsbeamten bedürfen. Die Frage, ob Strafe oder nicht, ist überhaupt nicht auf gleiche Stufe zu stellen mit anderen richterlichen Ermessensfragen. Denn ob jemand als vorbestraft zu gelten hat oder nicht, ist von weit einschneidenderer Bedeutung als die Frage, ob er acht oder zehn Tage Freiheitsstrafe zu bekommen hat. Eine ungleiche Beurteilung gleicher Fälle wirkt hier besonders bedenklich, weil die Zäsur zwischen Bestraft und Freigesprochen ungleich tiefere Unterschiede begründet als die Zäsur zwischen einer Strafgröße und einer benachbarten anderen Strafgröße.

Wir sahen außerdem, daß das Absehen von Strafe dem Zwecke der Strafe widerstreitet.

Die Geschichte der Gnade hat uns gelehrt, daß das Absehen von Strafe eine schädliche Rückkehr zu geschichtlich längst überwundenen Zuständen bedeuten würde.

Die Betrachtung der einzelnen Fälle endlich, in denen der Vorentwurf ein Absehen von Strafe einführen will, hat uns gezeigt, daß in all diesen Fällen ein Absehen von Strafe entbehrt werden kann.

Aus diesen Gründen ist zu wünschen, daß die Einrichtung des „Absehens von Strafe" sowohl aus dem japanischen Strafgesetzbuch wie aus dem deutschen Vorentwurf wieder beseitigt werde.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.